This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

3 2044 097 780 001

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 4 1928

Haly

TRATTATO

DEI POSSESSI

SECONDO IL DIRITTO ROMANO, FRANCESE ED AUSTRIACO

DELL' AVVOCATO

GIAMBATTISTA PAGANI

di Brescia

VENEZIA

CO' TIPI DI TERESA GATTEI ED.

1855.

COMP
915
PAG

5-4-28

MAY 4 1928

DISEGNO DEL LIBRO

Tutti sanno che le leggi regolatrici delle umane relazioni sociali si fondarono su domini naturali immutabili, e che al colto mondo le promulgarono primi i *romani giureconsulti, generazione d'uomini nuova ammirabile, pieni di sapienza morale e civile; virtuosi, conservando in tanta corruzione di monarchia i costumi dei liberi Quiriti, e, scrivendo con sobrietà greca e con diritto raziocinio, brevi, acuti, efficaci* (*). Nè l'Italia moderna, in mezzo al balestrare di avversa fortuna, si mostrò in tali studi degenere da' suoi maggiori.

I francesi, già da alcun secolo, operosi nell' avanzare la civiltà, portarono incremento a quel tesoro di sapere; ed ultimamente i profondi alemanni.

Per ciò l' autore in questo, come in altri suoi tentativi legali, si attenne alla giurisprudenza romana, francese, germanica.

Scelse l' argomento dei *possessi*, forse non mai di proposito trattato, fecondo infaustamente di acri piati forensi, e di una ancora più infausta, perchè ardua, soluzione. Il co-

(*) Pietro Giordani.

dice civile austriaco metteva in progresso cotesta parte di legislazione. Una grida imperiale, per avventura male intesa, sfruttava alquanto il progresso.

Nessuno ignora del pari, che la universale giurisprudenza si forma per consenso dei legisti di tutte le lingue, vale a dire delle varie legislazioni e de'loro interpreti: giurisprudenza universale, che costituisce il supplemento alla inevitabile deficenza delle leggi positive.

Abbandonata la vanagloria di dogmatizzare, dettando un trattato con nesso scientifico, l'autore preferì distribuire in altrettanti *articoli* i particolareggiati temi, analoghi al divisato soggetto dell'opera, schivando, mercè tale spediente, il tramestato aggregamento di raddossate dottrine.

Brescia 24 *gennajo* 1855.

ARTICOLO I.

Azioni in genere.

1 Azione è il richiamo di un diritto fondato sopra un titolo o sulla legge, per il quale l'attore chiede al chiamato in giudizio di venire soddisfatto, e ne avanza al magistrato la istanza.

Avere azione adunque significa tenere autorità dalla legge di convenire taluno avanti il giudice; ed il fondamento di ogni azione in conseguenza è il gius, vale a dire la facoltà legittima d'impetrare dalla pubblica podestà la prestazione di un fatto o di una cosa (1).

Ogni decisione poi della legge, attributiva di un diritto, si rapporta ad un fatto, consistente nella ragione di un dominio da noi acquistato, o nell'obbligazione da altri verso di noi contratta.

2 Sarebbe irregolare un giudizio preventivo sopra un diritto che dee verificarsi in seguito.

Si aspetta alla prudenza del giudice di permettere la prova anticipata di un contratto verbale assentito dalla legge, come dall'art. 1341 e seguenti del codice napoleone, ed il § 883 del cod. civ. aust. (2).

(1) *Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi;* l. 51 dig. lib. 44, tit. 7.

(2) Il regol. austr. sul proc. civ. al capitolo XV § 238 sino al 244 ammette per ciò la prova a perpetua memoria: stata in pari termini introdotta in questa parte d'Italia col titolo XXII del Metodo giudiziario civile 14 aprile 1804 rimasto in osservanza insino al 14 ottobre 1806. Vedasi circa la giurisprudenza francese l'*Analisi* di quel *codice di proc. civ. per servire di guida alla pratica forense del regno d'Italia*, per Giegler librajo di Milano 1806 vol. II, pag. 226, tit. XII, art. I, II e segu.

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 4 1928

Haly

qui le azioni possessorie, *adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis*, di cui è scritto nelle istituzioni di Giustiniano (1). E se risguardavansi rispetto allo scopo del promosso giudizio, dividevansi tali azioni in: *proibitiva*, che porta una decisione vietante una cosa: *restitutoria*, che porta il restituimento o la ristorazione d'una cosa: *esibitrice*, la presentazione di una cosa qualunque: azioni ed effetti denotati coi tre verbi, *manteneri*, *restitui*, *reintegrari* (2).

Dopo le moderne procedure assai più semplici delle antiche, non si apponga taccia di futili a tali sottili distinzioni derivanti dal jus romano, sviluppate ed estese dai commentatori del medesimo. Sono coteste nozioni profittevoli a rettamente applicare, cioè con utile discernimento, le moderne leggi nell'argomento dei possessi, stantechè è tuttora in uso il fraseggiamento legale suesposto; e trova bene spesso il giurista opportunità di spiegare con quello i propri concetti laconicamente e puntellarsi alle teoriche del diritto comune.

10 Leggiamo in libri classici francesi l'osservazione, che, quando un tale venisse espulso dal proprio podere, non perderebbe che la possessione di fatto e conserverebbe quella di diritto; e quindi non solo le odierne leggi non conoscono le succennate azioni proibitrici, restitutorie ed esibenti, ma nemmeno l'azione di farsi immettere nel possesso di una cosa, *adipiscendae possessionis*. Nella giurisprudenza moderna francese, quest'ultima riporrebbesi nella categoria delle azioni di proprietà (3). E nella giurisprudenza austriaca è esplicita la disposizione, che col titolo si acquista soltanto il diritto al possesso della cosa, non il possesso medesimo, e che questo venendo denegato, deesi domandare l'immissione in possesso al giudice ordinario nella via di diritto (4).

(1) Libro IV, tit. 15, §§ 3, 4, 6.

(2) Luogo sopra citato ai §§ 1, 7.

(3) Art. 25, 26, 27 del codice francese della proc. civile = Pigeau la *procedura civile* lib. 3, parte V, § II = *Pétitoire et possessoire*: t. 2, pag. 478, edizione di Parigi 1808.

(4) Cod. civ. austr. § 320.

Per tutto ciò va esclusa la pretesa inutilità di richiamare nei trattati giuristi il linguaggio finora adoperato presso i tribunali i più reputati.

11 Non è estraneo al tema del presente articolo il rimembrare, che in tesi generale l' azione vendicatoria, *de rei vindicatione*, non va annoverata fra le possessorie strettamente intese, cioè considerate disgiunte dalla proprietà diretta. È azione di giudizio petitorio, nel quale si chiede la proprietà ed il dominio di alcuna cosa che ci aspetta in piena padronanza da altri ritenuta.

Ed in vero l' azione vendicatoria si denota per unicamente esercitabile dal pieno proprietario della cosa addimandata: così apprendiamo dal diritto romano, che quando un campo appartenga ad alcuno per titolo di compra, senza che abbia avuto luogo la tradizione a vantaggio del compratore, questi non potrà agire coll'appoggio della vendicatoria azione (1). Si esercita poi contro il possessore (2); dappoichè non potrebbesi altrimenti ricuperare: e da questo punto di vista partecipa tale azione della natura possessoria.

Nè si vorrà in queste nozioni generiche lasciare inosservato il costante dettame, che l' azione veramente possessoria va fatta valere in tempo abile: dal che ne derivò l' assioma *est potior qui possidet de facto ultimo anno*; posciachè, secondo il jus comune, passato l'anno, è l'altra parte che possedette durante l' anno antecedente al turbamento. Si tiene incorsa la prescrizione del possesso annale per il godimento tranquillo d' un anno. Pari è il tempo prefisso dal jus francese: dall'austriaco di un solo mese. Trascorso il quale si esercita l' azione petitoria.

Abbiamo nella riputata raccolta: *Pratica legale edita a Torino nel 1772* il seguente dettato: « Il giudice competente per

(1) *Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, tunqque possessio amissa sit:* l. 50 dig. lib. VI, tit. 1.

(2) *In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit.* L. 1 C. ubi in rem actio lib. III, tit. 19.

» ragion de' beni è quello, nel cui territorio sono situati i beni, » del dominio e possesso dei quali si contende (1) ». Il quale insegnamento e precetto è aderente all'antico romano: *Tanto per l'azione reale che per l' azione personale, l' attore segue il foro del reo: ma noi comandiamo che l' azione reale contra il possessore venga mossa in quel luogo nel quale è sita la cosa controversa* (2).

Conforme a questi principi nel proposito di giurisdizione riscontriamo la legislazione austriaca nella sovrana risoluzione 22 giugno 1825, § 1, e nella norma di giurisdizione 20 novembre 1852, § 54; perocchè vi si statuisce, che sono competenti a tali giudizi le preture foresi ed urbane, nel cui circondario sono collocati gli oggetti in controversia relativa all'ultimo possesso di fatto. Nè è dissimile la ricordata legislazione degli stati austriaci per le questioni intorno a diritti ordinarii reali riferibili a beni stabili: *Norma di giurisp.* succennata dal § 49 al 55.

ARTICOLO III.

Possesso in genere.

12 Se ci atteniamo all'etimologia, il possedere deriva dal *potis* e dal *sedeo*, posso sedere, quasi composto da *potis*, addiettivo indeclinabile, che può, e da *sum*, *possum*, siccome ne insegna il Forcellini nel suo gran lessico della latinità.

Sotto certo aspetto pertanto potrebbesi dal senso grammaticale inferire, essere la possessione di una cosa l'attuale uso e libero godimento materiale della medesima: per ciò dal giureconsulto Labeone, siccome ne ragguaglia Paolo (3), *possessio appellata est*

(1) Parte I, tit. II.

(2) Così gl'imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio nella l. 3 del Cod. lib. III, tit. 19: *Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis in quibus res, propter quas contenditur, constitutae sunt, jubemus, in rem actionem adversus possidentem moveri.*

(3) Nel digesto libro 41, tit. 2, legge 1.

a sedibus, quasi positio, qui naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.

Laonde spontanea scaturisce dal verbo *possedere* la nozione, riferirsi desso naturalmente a cose in nostra mano disponitive e tangibili: dal che ne proviene, a maggiore esattezza, la denominazione del *quasi-possesso*, rispetto ai diritti incorporali; ed altresì la presunzione soltanto, che il possessore di un ente qualunque abbia il potere giuridico di usarne, non la prova del pieno dominio di esso.

13 L'organizzazione della proprietà nella vita sociale presenta nella proprietà medesima un interesse pratico, il quale abbraccia l'intima composizione materiale dell'intera aggregazione. La proprietà in fatti è il lievito dell'umana operosità delle genti. Giova quella a stimolare le facoltà dell'intelletto e della forza fisica ad un impiego utile all'individuo ed alla sua famiglia. Con ciò diviene la proprietà sorgente di miglioramenti personali ed universali: nè è da dimenticarsi tornare proficua alla moralità ed eziandio, stante la inevitabile disuguaglianza delle fortune, a consigliare e mantenere una subordinazione sociale, dalla quale ne risulta il permanente ordine dell'associazione civile. Ed affinchè offerisca la proprietà privata un sempre più vivo adescamento a conseguirla, le leggi positive seppero assicurarne un allettamento anche nel rispetto imposto a pro di colui che tiene materialmente in possesso una cosa. Da qui la massima che interdice di spossessare chicchessia e che suppone proprietario il possessore, insino a che il magistrato pronunci il contrario (1).

14 Col soccorso delle premesse precognizioni si mette in chiaro lume l'aforismo legale, che generalmente *consiste il possesso in cosa di fatto.*

Da questo fatto sortì la primitiva introduzione del dominio. *Origo dominii singularis facto hominum adtribuenda est. Hoc factum modus acquirendi dominium dicitur* (2). Dalla occupa-

(1) §§ 320, 322, 323, 328, 329, 339, 344 del C. C. A.

(2) *Nicolai Hieronymi Gundlingii jus naturae ac gentium*, c. 2 §§ 4, 5 e 6.

zione, originariamente necessaria, nè discese via via il proposito manifestato colle parole e coi fatti, di *possedere*, cioè di avere *usus quidam rei, qui in incubatione consistat, vel rei corporalis detentio.*

Il dominio derivativo poi, che emana da una volontà tacita od espressa, del precedente padrone della cosa, di trasferirla in altri, si compie mediante la tradizione della cosa materiale o incorporea: e cotesta facoltà appellasi causa o titolo di trasfondere il dominio; e ne fa conseguitare la vacuità dell' antecedente possesso, passato in possesso d'altri.

15 Così fatte astrazioni nell' argomento del possesso giuridico fecero scrivere ai glossatori del jus romano (1): *et nescit quid sit possessio quam etiam peritissimi definire non sunt ausi.* Ed infatti nei libri di giurisprudenza molte contraddizioni riscontriamo, p. e.: *Proprietas a possessione separari non potest* (2). = *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (3). = *Fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit* (4). = *Possessio res facti non juris* (5). = *Possessio non tantum corporis, sed et juris est* (6). = *Naturaliter videtur possidere is qui usufructum habet* (7). = *Eum qui tantum usufructum habet, possessorem non esse, Ulpianus scripsit* (8).

Tale contrarietà di legislativi disponimenti hanno origine dal doppio significato della voce possesso, che ora vien preso per mero jure di possedere, ora per mera detenzione, cioè per attuale e fisica facoltà di uso e godimento.

16 Dai moderni giureconsulti venne diffinito: *actualis fru-*

(1) Gloss. in l. 38, § 7, dig. *de verb. oblig.*
(2) L. 8 C., lib. 7, tit. 32.
(3) L. 12, dig. lib. 41, tit. 2.
(4) L. 1, § 2, dig. lib. 43, tit. 17.
(5) L. 1, § 3, dig. lib. 41, tit. 2.
(6) Dig. lib. 41, tit. 2, legge 49, § 1.
(7) L. 12, ivi.
(8) L. 15, § 1, dig. lib. 2, tit. 8.

ctuum perceptio, vel usus rei suae, quem dominus, vel per se, vel per alios, aut exerceat, aut exercere possit si velit, originarie Possessio *dicta est, et* Possessor *nuncupatus qui re occupata, vel actu utebatur, fruebatur, vel uti, frui ex sententia nullo obstaculo intercedente poterat* (1).

La quale definizione consuona con quella del codice napoleone, il cui art. 2228 dice: *Il possesso d'una cosa che si trova in nostro potere, o il godimento d'un diritto che esercitiamo noi stessi, o per mezzo d'un altro, che ritiene la cosa, o esercita il diritto in nome nostro.* E similmente il codice civile austriaco al § 309 dichiara: *quegli che ha una cosa in suo potere o in sua custodia si chiama detentore della cosa medesima. È possessore chi la tiene con animo di averla come propria.* = Ragionando del modo di acquistare il possesso, il susseguente § 312 significherebbe, *che le cose corporali mobili si prendono in possesso col prenderle materialmente; le immobili coll' introdurvisi, col fissare termini e colla coltura; il possesso poi delle cose incorporali, o sia dei diritti, si acquista col farne uso in proprio nome.*

ARTICOLO IV.

Quasi-possesso di dominio diretto e di dominio utile, di uso, di usufrutto e servitù.

17 Bentham, nel diffinire la proprietà, la caratterizza un fondamento di aspettazione, l'aspettazione di trarre certi vantaggi dall'oggetto che dicesi possedere come proprietario. Di qui parrebbe potersi prendere le mosse nel determinare la distinzione del dominio diretto, e dell'indiretto od utile. Nel primo non può più disporsi del secondo; e viceversa, avendo il solo dominio utile, ossia indiretto, non potrebbesi più disporre del diretto senza adempiere alle condizioni che avesse imposte il direttario.

(1) Giammaria Lampredi, *Juris pub. univ. theorema*, parte I, capo 9, § 5.

18 Praticamente appellasi *meno pieno* il dominio diretto o dominio nudo, vale a dire la proprietà disgiunta dall'usufrutto. E parimenti meno pieno anche l'indiretto ed utile, quel dominio che attribuisce la percezione dell'utilità della cosa (1).

19 Quindi l'usufruttuario della superficie e chi riceve ad enfiteusi hanno diritto di vendicare la cosa soltanto coll'azione reale *utile*, non colla *diretta*; sempre sotto l'obbligazione di pagare il canone a colui che sul fondo censuale od enfiteutico tiene il dominio diretto: e debbono entrambi per disporre del diritto sulla utilità riportare l'assenso del direttario. Tali sono le antiche dottrine giuridiche su questo tema.

20 La moderna filosofia del diritto pretese correggere un errore sulla differenza tra l'usufrutto e la proprietà, che per l'addietro solevasi distinguere tra nuda proprietà ed i diritti che costituiscono la proprietà.

Non può entrare nella sfera dei diritti la cosa, che non possa usarsi, perocchè sta l'essenza del jure nell'utilità, vale a dire nel soddisfamento dei bisogni dell'uomo. Nella prisca teoria della nuda proprietà si separava la cosa in se stessa dal profitto ch'essa arrecava; separazione assurda nelle novelle condizioni annesse al vocabolo diritto. La materia isolata non costituisce diritto: questo si concentra nell'utile che apporta, se non in natura, col denaro, merce universale, o con equivalenti servigi. Gli elementi veri della proprietà d'una cosa sono adunque i diritti di uso e di usufrutto, divisi dal tempo, dallo spazio e da altre condizioni.

21 Il jus comune spiegava essere la servitù prediale un diritto sopra un predio, dovuto dai soli predj od ai soli predj. Tuttavia potevasi acquistare una servitù urbana o rustica sopra un fondo, che ancor non si tenea; come si può indossarsi una obbligazione per cose avvenire. Per altro la servitù non può sussistere se manchi il soggetto, cioè l'edificio futuro, o un uso accidentale

(1) Vedi quanto scrisse il Pothier nelle sue pandette al libro 41, titolo 1, parte 1 = *Sul dominio e sui vari modi di acquistarlo.*

sul fondo: intorno a che puossi riservare l'esercizio di una servitù sotto condizioni ed in tempi venturi (1).

22 Il diritto comune contempla inoltre le servitù personali, dovute da un fondo a vantaggio di qualche persona. Tali erano l'usufrutto; non già il *causale*, per adoperare i termini della scuola, quello che non va disgiunto dalla proprietà; bensì il formale, separato dalla proprietà. Questo solo si classifica tra le servitù personali. Il jus romano inoltre comprendeva in queste l'uso e l'abitazione. Il primo è la concessione di usare delle cose immobili altrui, salva la loro sostanza, ed unicamente per le bisogne quotidiane: la seconda consiste nella ragione, ossia facoltà di abitare nella casa altrui, parimenti salva la sostanza della casa stessa.

23 Il codice civile austriaco nelle disposizioni dei paragrafi 478, 504, 505, 506, 507, 508, 509, sino alla fine del capo VII parte II, sezione I, seguì sostanzialmente il jus romano predetto.

24 Il codice napoleone all' articolo 686 statuisce, che le vere servitù non si istituiscono a beneficio delle persone. Allora le servitù personali si ripongono nella categoria dei diritti di godimento, quali sono l'usufrutto, l'uso e l'abitazione: art. 578 e seguenti. Con tale separazione si mirò a rimovere la possibilità del ritorno delle rendite feudali (2).

Ravvolgendosi la giurisprudenza eziandio sui *quasi-possessi* dei diritti, erano consentanei alla materia i cenni suesposti.

(1) L. 1 lib. 8, tit. 4 Communia praed — nel digesto — *Queste servitù chiamansi prediali, perchè non possono costituirsi senza predj* = L. 22 lib. 8, tit. 2 del dig. de serv. praed. urb. — Nullameno *si può imporre ed aquistare una servitù anche per un edificio futuro, sebbene ancora non esista.*

(2) Vedi il *Repertorio legale dei diritti reali* dell' autore del presente opuscolo, Brescia per Venturini 1833 t. 3, p. 251, n. 10 = *Servitù in genere.*

ARTICOLO V.

Dell' acquisto del dominio, del possesso o quasi, delle servitù e simili diritti in particolare.

Volendo discorrere sul possesso delle servitù, egli è mestieri rimembrare alcun che sulla natura delle medesime.

25 Le servitù non presentano più una preminenza di un fondo sopra d' un altro, come sotto il reggime feudale. Al presente vanno considerate le servitù prediali, quale modificazione della proprietà, a vantaggio reciproco comune del proprietario e del cittadino. Derivano dalla situazione naturale de' luoghi, o dalle obbligazioni imposte dalla legge o dalla volontà degli uomini. Sono desse un carico sur un fondo a beneficio d' altro fondo spettante in proprietà ad altri: *nulli enim res sua servit.*

26 Il jus romano distingueva le servitù personali, come l' uso e l' usufrutto, dalle reali, riferibili alla servitù di altri predj, rustici od urbani, a favore di altri predj simili.

La stessa giurisprudenza romana schierava tutte le servitù in due classi generali: l' una delle servitù naturali e di assoluta necessità, come lo scarico delle acque di una sorgente nei fondi sottoposti; l' altra di quelle non assolutamente necessarie, ma stabilite dagli uomini per vicendevole comodità e consenso, o per tal fine ordinate in certi casi dalla legge.

27 Benchè le servitù dei predj siano annesse a cose corporali, non pertanto sono incorporali, al dire del giureconsulto Paolo (1). In fatti le servitù sono diritti, ed i diritti non sono tangibili, ma soltanto si percepiscono coll' intelletto. Lo ripete lo stesso Paolo (2), scrivendo: *natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.*

28 La tradizione, la quale non è se non la traslazione del pos-

(1) L. 14, dig. lib. 8, tit. 1.
(2) L. 32, § 1 in fine, dig. lib. 8. tit. 2.

sesso di una cosa dall'una all'altra persona, si distingue in due specie, reale e finta.

29 Si è più volte nel foro suscitata la cavillosa impugnativa della facoltà d'impossessarsi delle cose incorporali, come sono i diritti e le servitù. *Benchè non consti da un titolo che te ne sia stata fatta la tradizione, nondimeno hai veramente conseguita la cosa, essendo tu entrato in possesso della medesima col consenso del venditore* (1). Al che fanno eco gl'imperatori Diocleziano e Massimiano con la nota decisione: *nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus, recte possidet* (2). All'opposto gli stessi imperatori (3) dichiararono rimasa presso il venditore od i suoi successori la proprietà alienata, quando il compratore od i suoi eredi non toccarono il possesso della cosa acquisita, ancorchè avessero soddisfatto alle pubbliche gravezze: *neque enim velut traditionis factae vectigal exolutum*, siccome chiariscono anche le nostre leggi sul nuovo censimento (4): massima ripetuta dal romano giurista Muzio Scevola (5).

30 La sottigliezza, quasi sempre però compagna della ragione, dei giureconsulti romani, trapassando dalla traslazione in possesso di un fondo alla tradizione di una cosa annessa al medesimo, avvisa, che « se alcuno mi permise di estrarre pietre dal » suo fondo a titolo di donazione, queste pietre diventano mie » appena cavate; e non cessano di esser mie, nemmeno col proi- » birmi di trasportarle (dopo estratte): attesochè in certa qual » guisa vennero in mio potere. Certo che il mio operajo, scavan-

(1) Così l'imperatore Alessandro nella l. 2 del C., lib. 7, tit. 32: a cui sono uniformi altre leggi.

(2) L. 12 C., lib. 4, tit. 38.

(3) In l. 8 C., lib. 4, tit. 49 *de actionibus empti et venditi.*

(4) Notificazioni di Milano 7 maggio 1839 della I. R. Giunta del censimento all'art. 28 = e le Istruzioni per la intestazione censuale sotto la stessa data al § 7

(5) L. 64 dig. lib. 41, tit. 1 = *Quae quisque aliena in censum deducit, nihilo magis ejus fiunt.* Sebbene in testa propria taluno avesse posta nel censo una cosa d'altri, non ne diviene il padrone.

» do, scavò per me. Che se alcuno comperò da me, o condusse in » affitto, affinchè gli lasciassi il diritto di una escavazione, rivo- » cando il contratto prima che questa segua, le pietre continuano » ad esser mie; ma se lo rivocai dopo l'estrazione, non posso più » annullare il fatto, mercecchè si scorge una sorta di tradizione » nel consenso del proprietario che permette di estrarre; *quum* » *eximitur domini voluntate.* » Termina Ulpiano la sentenza, dicendo: « Ciò che si dice delle pietre, si applichi ad un albero re- » ciso o portato via » (1).

31 Non è questo il sito di ragionare della presa di possesso delle cose mobili, cui dassi effettuazione, o consegnandole, o mettendole in vista, *manu longa tradita;* e colla tradizione simbolica, *vel brevi manu;* e comunicando facoltà di trasportarle: *Nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam* (2); purchè sia in sua podestà di alienarle, facciasi anche per mezzo di terza persona (3); e facciasi da chi, non proprietario, possa disporne (4).

32 È poi requisito necessario che si trasmetta il possesso per giusta causa; posciachè non può la materiale consegna di una cosa presentare in sè stessa i caratteri di una causa giusta di trasmissione della proprietà. Per ciò insegnava Paolo: *nunquam nu-*

(1) L. 6 dig. lib. 39, tit. 5 *de donationibus;* nelle pandette di Pothier riportata al libro 41, tit. 1, n. 42.

(2) L. 79 dig. *de solut.*, lib. 46, tit. 3. L. 9, §§ 5, 6 dig., lib. 41, tit. 1. — L. 74 (*de traditione clavium*) dig., lib. 18, tit. 1.

(3) L. 20 dig. lib. 41, tit. 1. L. 9, § 14, ivi: Dicea Cajo: *nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis.*

(4) Avverte Pothier nelle sue pandette lib. 41, tit. 1, n. LIII, che *qualche volta la tradizione trasferisce il dominio anche senza volontà del proprietario; cioè quando a colui che aliena compete questo diritto particolare*: tale è il creditore pignoratario, il quale, coll'oggetto pignorato ricevette dal proprietario la facoltà di venderlo. Questa teoria è fondata sulla legge *(de non domino praebente dominum)* 46 del digesto, lib. 41, tit. 1 = non che sulla l. 6 C., lib. 4, tit. 51, la quale virtualmente racchiude la regola, che possiamo alienare per patto le cose a noi obbligate.

da traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur (1).

33 Si fa il quesito nel romano diritto se si possa comperare da un debitore che vende per defraudare i creditori: e risponde Pomponio (2): « S'io comperai qualche cosa da uno, a cui sapeva essere interdetta l'amministrazione dei beni, o da un erede » al quale fu accordato il tempo per deliberare soltanto in modo » ch'egli nulla dell'eredità potesse alienare o distrarre, io non ne » sono diventato proprietario. Non così se avessi comperato da » un debitore sapendo ch'egli vendeva per defraudare il creditore. » Alla qual legge i glossatori annotano: *tunc enim fio dominus, sed res per Paulianam revocatur. Dominii revocandi translatio facilius permittitur, quam perpetuo mansuri.*

Più chiaro è ancora che si richiede il consenso tanto di colui che riceve il possesso, o quasi, quanto di colui, il quale lo trasporta in altri, spogliandone sè stesso (3).

Siffatto consentimento deve riflettere al dominio della cosa che viene traslatata in altri; ed alla persona che ne viene investita; altrimenti sortirebbe una tradizione imperfetta ed invalida. Mancherebbe, per raffermarla autenticamente, un dato essenziale circa l'individuo a cui dirigevasi la cosa; il quale può scambiarsi con altro diverso. Può bensì questa persona, che raccoglie il possesso o quasi possesso, essere incerta senza infirmarlo: com'è valevole a mo' di esempio, allorchè si getta denaro in fra una multitudine (4).

34 Il consenso è necessario da parte di chi trasferisce il dominio; cioè dee spropriarsene con cognizione che sia proprio:

(1) L. 31 dig. lib. 41, tit. 1.

(2) L. 26 dig. lib. 18, tit. 1.

(3) L. 55 dig. *de action. et oblig.*

(4) L. 9, § 7 dig. libro 41, tit. 1. *Interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem; ut ecce, qui missilia* (doni che i principi fanno al popolo) *jactat in vulgus. Ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit: et tamen, quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominium effecit.*

cognizione che non può ricettarsi in colui che ignora di essere proprietario. Quindi se il tutore consegna ad altri la cosa del pupillo come propria, quello non perde il dominio, poichè errando non si può perderlo: *nemo errans rem suam amittit* (1). Da qui l'insegnamento, che non si reputa consentito il trasferimento del possesso o quasi, ove il trasferente dà la cosa propria giudicandola di un altro: su di che però è da avvertire, che non si accomuna tale principio al compratore, inconsapevole che la cosa non è propria del venditore. In questo proposito il giureconsulto Paolo consacra l'assioma, doversi tenere più efficace la realtà che l'opinione (2): assioma consacrato nelle istituzioni giustinianee (3). Il quale precetto nel concreto caso si converti nel seguente: *error dominii in accipiente, non impedit dominii translationem: secus in tradente.*

35 Alcuni giureconsulti romani pensavano, che il consenso di che ora ragioniamo, non fosse a riguardarsi necessario alla causa per cui facevasi la tradizione dell' oggetto. Questa vale, insegna Giuliano (4), ancorchè non siamo d'accordo sopra le cause: così s'io mi reputo in obbligo di farti in grazia di un testamento la consegna d'un fondo, e tu il credi a te dovuto in forza di stipulazione; il fondo diverrà tuo ugualmente. Al che consuonerebbe il parere del giuriscons. Paolo (5): *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel fa-*

(1) L. 35 dig. lib. 41, tit. 1 = L. 15, § 2 dig., lib. 18, tit. 1 *de contrah. empt.*

(2) L. 9 § 4 del dig., lib. 22, tit. 6, *de jur. et facti ign.*, del seguente tenore = *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.*

(3) Inst. lib. 2, tit. 20, § 11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione.*

(4) L. 36 dig., lib. 41, tit. 1.

(5) L. 13, § 1 dig., lib. 44, tit. 7.

cendum. Non satis autem est dantis esse nummos ut fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi ut obligatio constituatur. Il senso delle quali parole potrebbesi raccogliere, dicendo: che la sostanza di un vincolo giuridico si definisce dalla natura della cosa; che l'obbligazione non trasfonde dominio sulla medesima, ma astringe a dare, a fare, a prestare, per cui in ciò si risolve l'effetto di quella; e si conclude che i dominii si acquistano, non già colle obbligazioni, bensì col conferimento del possesso mediante la tradizione.

36 Sul consenso d'ambo i contraenti riguardo alla causa, per la quale si trasmetta il possesso, Ulpiano sembra tenere un avviso contrario al suesposto di Giuliano, allegando per ragione, che si ricevette la cosa con intenzione differente da quella della persona che la diede (1). E Pomponio inclinerebbe per la sentenza di Ulpiano, attesochè, quando ci è errore, dal quale scaturisca un dissenso, *nihil valet quod acti sit* (2).

37 Piacemi chiudere tale discussione col portare fra cotesti dispareri quello di Vinnio, trascrivendolo da una nota di Pothier (3). = « Vinnio *(select. quaest.* lib. 35) li concilia dicendo, » che Cajo e Giuliano disputavano dietro la sottigliezza del gius, » secondo la quale il dominio è trasferito; giacchè tanto nella » mente del dante, quanto in quella del ricevente vi sono le cause » diverse bensì, ma dall' una parte e dall' altra atte a trasferire il » dominio; giacchè in una parola acconsentirono entrambi al » trasportamento: ma che Ulpiano considerò piuttosto l' effetto » della tradizione, che la tradizione medesima: perchè, sebbene il » dominio sia realmente trasmesso, pure non è trasmesso efficace-

(1) L. 18 *(de dissensu in specie contractus)* digesto lib. 12, tit. 1.

(2) Nella l. 57 dig., lib. 44, tit. 7, ove sta scritto: *et idem in societate quoque cöeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.*

(3) Pothier, pand. vol. III, pagina 107, nota *bi, Parisiis-Carnuti* 1752. Ivi Pothier nomina il giureconsulto Cajo, quando la legge terza, § 1. *ff de oblig. et act.* è di Paolo.

» mente. In fatti la somma può essere richiesta mediante l' azione
» personale *sine causa*, quindi le parti non avendo assentito nella
» causa della traslazione del dominio, *nulla subest causa.* »

» Laonde, prosegue Ulpiano nella citata l. 18 ff. libro dodici,
» titolo primo, s' egli consumò quella somma, ancorchè sia tenuto
» all'azione personale (non al mutuo che non c'è) *sine causa*, può
» tuttavia servirsi dell' eccezione di dolo, perchè il denaro è con-
» sumato secondo l' intenzione di chi lo diede. » La quale eccezione *di dolo*, osserva Pothier, nasce da ciò che la somma di denaro fu consumata in buona fede, prima che fosse rivocata la volontà di donare; ciò che equivale alla traslazione del dominio.

38 Qui è duopo avvertire, che, onde si trasferisca veracemente il dominio, è di necessità che la tradizione sia reale, non effettuata a condizione che venga poco appresso retrodata la cosa passata per un istante in possesso altrui (1): è di necessità quindi che la consegna non sia immaginaria. Non è tale, secondo Ermogeniano (2), allorchè una somma di denaro sia data a Tizio a cagione di donazione, con patto che subito dopo la dia a mutuo al donante: con che non s' impedisce il trasporto del dominio.

39 Similmente insegna il romano diritto, che, nel caso di vendita, onde segua la trasfusione del dominio, va il prezzo soddisfatto per cotal causa, se però non siasi venduto a credito; il che non si suppone, ma dee provarsi (3). In quanto al pagamento del prezzo per dare compimento al trasferito dominio, basta chè si effettui in nome dell' acquirente da chicchessia (4).

Cotali canoni legali sono applicabili per l' acquisto eziandio dei diritti. La giurisprudenza non sembra sottrarli alla regola

(1) Così Ulpiano nella l. 55 dig. lib. 46, tit. 3. *Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur: quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur.*

(2) L. 33, § 1 dig., lib. 39 tit. 5.

(3) L. 19 dig., lib. 18, tit. 1.

(4) L. 53 dig., lib. 18, tit. 1. Legge prima dell' imper. Antonino C., e legge 9 degli imperatori Diocleziano e Massimiano C. libro IV, titolo L.

generale. La qual regola generale ci viene porta dal giureconsulto
40 Giovaleno (1). *Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est ut eam retinere non possit.* Laonde non è trasferito un possesso che possa rivocarsi; poichè *non videtur traditum, quod evictum; nec solutum quod auferri potest; nec exclusus, qui potest restitui; nec legatum, quod ademptum; nec receptum, quod restitui debet.*

41 Il codice civile austriaco sarebbesi attenuto ai dettati suesposti, stabilendo la trasmissione del possesso o quasi, in tesi astratta, necessaria all' acquistamento d' una proprietà; nè sufficiente il solo nudo titolo (§ 425 c. c. a.), a cui vuolsi aggiungere un modo legale di acquisizione (§ 380 d. c.), e la consegna della cosa, § 1045-1053 del codice ridetto. Il codice stesso eccettua il diritto ereditario, § 536 e 537.

42 Il codice francese perfeziona col solo consenso alcuni atti traslativi di dominio senza formalità di tradizione: così la donazione; art. 938 del codice napoleone: così le obbligazioni consistenti nel debito di dare una cosa; art. 1138, cod. nap.: la compra e vendita; art. 1583 successivo: il diritto di successione testata od intestata, come risulta dall' insieme delle disposizioni del libro III, tit. I del cod. nap. stesso: le medesime cose mobili trapassano dall' uno in altro, mediante il nudo consenso se la traslazione non può eseguirsi al tempo della vendita, o se il compratore le aveva già in suo potere in dipendenza d'altro titolo; art. 1606: ed i diritti incorporali colla consegna dei documenti, o coll' uso che ne fa l'acquirente dietro assenso dell'alienante; art. 1607 del mentovato codice.

43 Nel passaggio del dominio di una cosa dall' una all' altra mano, per massima legale vi si traportano principale ed accessorii, anche ciò di cui avremmo goduto se fosse rimasta presso di noi = *quotiens dominium transfertur ad eum qui accipit, tale transfertur quale fuit apud eum qui tradit* (2).

(1) L. 22 dig. lib. 41, tit. 2.
(2) Legge 20, § 1 dig., lib. 41, tit. 1. — Legge 67 dig. lib. 18, tit. 1.

44 Il codice napoleone considerava beni immobili per l' oggetto, cui si riferivano, l' usufrutto di cose immobili, le servitù prediali, le azioni che tendono a rivendicare un immobile art. 526: mobili i beni che sono tali o per loro natura o per determinazione di legge; art. 527, 528; e le azioni nelle società di commercio e d' industria, riguardo ai soci: art. 529.

45 Il codice civile austriaco poi dopo aver distinti i beni corporali che cadono sotto i sensi (§ 292) dagl' incorporali, come il jus di caccia, di pesca, e tutti gli altri diritti (ivi), diffinisce (§ 293) i mobili pei beni suscettivi di essere trasportati, e per immobili i non trasportabili. I diritti essendo oggetti incorporali, dice Zeiller al § 298 del c. c. a. non si possono propriamente denominare nè mobili, nè immobili. Così, se non si presenta una necessità fondata sulla legge per collocarli nell' una o nell' altra specie di beni, e molto più se sono espressamente separati da amendue, a nessuna di esse si debbono ascrivere: come p. e., prosegue l' ingegnoso giurista, se un testatore trascelse in suo erede A, ed abbia legato a B. le cose mobili, ed a C. gli stabili: rimangono all' erede A i diritti.

Trapassa quindi il codice austriaco a qualificare i diritti per cose mobili (§ 298), quando siano congiunti col possesso d' una cosa immobile (298): e per ciò nemmeno i crediti assicurati sopra un immobile divengono sostanza immobile (§ 299). In tal guisa il jus austriaco si accosta al romano, il quale stabilisce una categoria di beni mobili incorporali, in opposizione ai corporali cadenti sotto i sensi: *incorporales res autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut haereditas, usufructus et obligationes quoque modo contractae*; Inst. de reb. corp. § 2.

46 Secondo la stessa legislazione austriaca sembra potersi mettere in problema, se il diritto ipotecario diventi immobile, dappoichè la notificazione 16 marzo 1816 confermò la italica istituzione dei registri ipotecarii. Il § 321 del c. c. a. annuncia che il *possesso legittimo d'un diritto reale sopra beni immobili si acquista unicamente mediante l' iscrizione sui pubblici registri.* Am-

messo il pubblico libro delle ipoteche dalla rimembrata legge austriaca 1816 si dovrebbe riguardare per gius reale il gius ipotecario, malgrado il disponimento del citato § 299 del c. a. ed in virtù del precedente § 298, divenuto il gius ipotecario, annesso ad un immobile, un diritto che il possessore di esso può solo esercitare.

In questa categoria cadrebbero le servitù prediali, convertite in diritti inerenti alla cosa stabile transitivi nel possessore della medesima, di cui formano una parte, ed assumono le qualità principali di essa cosa da Grozio additate per *delibationes juris dominii*. E in vero viene scemato il diritto del dominio del fondo serviente di quanto si conferisce nel proprietario del fondo dominante.

ARTICOLO VI.

Servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti.

47 Ad illustrazione di questa materia è da aggiungere, che alcune legislazioni, come la francese, distinguono dalle altre servitù le continue, il cui esercizio è, o può essere continuato senza che necessiti un fatto attuale dell' uomo, quali sono gli stillicidii, i prospetti e simili: e le discontinue che richiedono un fatto attuale dell' uomo per essere esercitate, come l' attingere acqua, il condurre animali al pascolo e simili.

48 Inoltre si contrassegnano dalle leggi le apparenti, appalesantesi per opere esterne, come una porta, un canale: e le non apparenti, manchevoli di segni visibili della loro esistenza, p. e. la proibizione di fabbricare sopra un determinato fondo o di non fabbricare a certa altezza (1).

49 Le servitù continue ed apparenti si acquistano in forza
50 di un titolo, o mediante il possesso di trent' anni: le continue, non apparenti (che sono le negative), e le servitù discontinue,

(1) Art. 688, 689 del codice napoleone.

siano apparenti, come un passaggio renduto rimarchevole p. e. da una porta; o non apparenti, non potranno acquistarsi colla prescrizione, ma unicamente per un titolo scritto (1), che emani dal proprietario del fondo serviente, e che racchiuda la ricognizione della servitù.

51 La servitù è uno smembramento della proprietà, e perciò si risguarda quale alienazione. E se fosse dessa consentita da chi non è padrone, avrebbe potuto, giusta il codice napoleone, col tenerne il possesso in buona fede per dieci o venti anni, divenirne acquisitore? Pare di sì in virtù dell' art. 2265 del codice medesimo, da che tale servitù si considera quale immobile per l' oggetto
52 cui si riferisce (2). Ma attesochè per indurre la prescrizione, il possesso continuo dee esser pubblico (3), non sarà tale se non rispetto alle servitù apparenti sovraccennate. Le discontinue e le continue non apparenti per l' art. 691 del cod. nap. sono state tenute valide e ferme in quei paesi, dove si acquistavano per una parziale legislazione.

53 La sovrana patente proemiale al codice civile dell' Austria determina, che *la usucapione o la prescrizione incominciata avanti che avesse vigore il codice stesso, dovrà essere giudicata secondo le leggi anteriori.* Il che è consonante all' articolo 2281 del codice napoleone dichiarativo doversi regolare le prescrizioni incipienti prima della sua attuazione a tenore delle leggi anteriori.

54 Il codice austriaco col § 1470, in coerenza al precedente § 480, ammette la prescrizione per tutte le servitù e altri consimili diritti, prefisse in trent' anni o in quaranta nel caso del successivo § 1472, a differenza del codice francese. Ma esso codice austriaco arroge al § 1471 una condizione particolare equitativa, sì per
55 l' usucapiente, che per l' usucatto. Allorchè è parola di servigi e diritti raramente messi in opera, come quelli di conferire un beneficio, di recidere legna ad intervalli e simili; colui che intende,

(1) Art. 690, 691, cod. nap.
(2) C. N. art. 526.
(3) C. N. art. 2229.

mercè l' uso e il possesso di tali facoltà, venirne proprietario pieno, dovrà provare che durante il trascorrimento dei trent' anni o quaranta *siasi per tre volte almeno presentata l' occasione di eser-*
56 *citare tale diritto, e che egli lo abbia ogni volta esercitato.* Dal che riesce agevole il concludere coll' insigne commentatore Zeiller:

1.° Non potersi usucapire nel decorso minore di un tricennio, ancorchè tali atti si fossero esercitati più di tre volte.

2.° Non potersi usucapire, benchè varcato lo spazio dei trenta anni, quando una o due volte soltanto siasi offerta l' opportunità di esercitarli: è di mestieri l'averne effettivamente usato tre volte almeno.

57 3.° Ed in conseguenza *se in tre casi, l' uno all' altro susseguenti, non si avesse fatto uso del diritto, il possesso sarebbe interrotto, ed il possessore dovrebbe ricominciare da capo il periodo dell' usucapione:* scrive al § 1471 del c. c. a. il predetto i. r. consiglier Zeiller: cioè (pare a me) dare opera al ricominciamento del nuovo tricennio (volg. trentennio) dal dì dell' ultimo esercizio di tale atto di possesso, che si rifonderà nel primo ito a vuoto.

58 Circa alla qualità dell' uso di così fatti diritti, chiarisce il § 313 del cod. civ. austr. verificarsi alloraquando, o richiedasi per obbligo una cosa da chi come tale la presta: o se impiegasi in proprio vantaggio la cosa d' un altro coll' assenso di lui: o se taluno si astiene per proibizione di un terzo dal far ciò che altrimenti si avrebbe diritto di fare.

ARTICOLO VII.

Possesso di una eredità.

Onde riesca questo libro del possesso il meno che si possa imperfetto, faremo una fugace esaminazione intorno ai punti controversi ed alle più generali teoriche dell' acquisto del possesso di eredità, vale a dire della sua adizione o ripudio.

59 *Nihil est aliud haereditas, quam successio in universum jus quod defunctus habuit* (1). « La denominazione di eredità » contiene senza dubbio anche l'eredità dannosa, essendo la me» desima un nome di diritto, come il possesso de'beni (2). » Abbraccia crediti e debiti del defunto (3). Considerata ne' suoi rapporti di diritto astratto, la eredità è cosa meramente incorporale; tutta di jure, non già di fatto. *Haereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet:* onde un uomo, che nulla lasci morendo, ha una eredità pari a chi lascia tesori.

L'eredità, al momento della morte dell'individuo testato od intestato, trapassa issofatto nei successori di lui; ovvero dopo adempiuta una imposta condizione, se la istituzione è condizionale.

60 Nel jus romano eravi una classe di eredi *suoi* e *necessarj*, cioè i figliuoli. Questi partecipavano all'eredità anche malgrado loro: *nam utrique, etiam inviti haeredes sunt.* Eravene una di estranei; i quali non acquistavano la eredità se non era adita (4), non così gli eredi della prima classe: (5). L'erede estraneo diventava erede cernendo (6).

61 Vi era inoltre l'*ingerirsi quale erede (pro herede geritis)*, cioè qualunque fatto o detto non solenne, con cui l'erede manifestava l'intenzione di acquistare l'eredità deferita, o almeno la volontà di acquistarla dedotta da un fatto.

62 L'*immischiarsi* degli eredi *suoi* è un'adizione impropria, dacchè l'erede non acquistava la eredità, ma piuttosto perdeva

(1) L. 24 dig. *de verb. signif.* lib. 50, tit. 16.
(2) L. 119 dig. lib. 50, tit. 16.
(3) L. 213, § 1 loco citato.
(4) L. 22, § 24 e 25 *Tituli ex corpore Ulpiani, fragm.*
(5) L. 6, § 5 dig. lib. 29, tit. 2.
(6) *Cernere*, vagliare, equivalea a fare scelta, se volevasi, o no accettare l' eredità. Così nei fragmenti dei titoli *ex corpore Ulpiani*, tit. 22 e 28.

Così pure ivi leggesi al § 27, *cretio (nis)* l' atto di cernere, o sia di adire la eredità. La *crezione* era lo spazio di alcuni giorni conceduti all' istituito erede per deliberare l' accettazione o il ripudio dell'eredità.

il beneficio di astenersene. L'immischiarsi poteva diffinirsi, qualunque espressione della volontà di ritenere l'eredità.

63 Questo volere esigevasi assoluto, non condizionato. Non valeva l'adizione incerta, per esempio, *io adisco l'eredità, purchè essa sia solvente.* Quest'adizione era nulla (1).

64 In generale dovevasi esaminare ciascuno di questi fatti per iscrutinarvi l'intenzione, anzichè il fatto. Al quale dettame è consentanea quella sentenza di Ulpiano: *Pro haerede gerere videtur is qui aliquid quasi haeres gerit:* cui aggiunge Giuliano: *Pro haerede autem gerere non esse facti, quam animi. Nam hoc animo esse debet, ut velit esse haeres.* Laonde, prosegue la legge (2): « quegli » che fece qualche cosa per tratto di benevolenza, per la custodia » di qualche oggetto ereditario, od operò non come erede, ma » come padrone dipendentemente da qualche altro jus, non s'in- » tende essersi ingerito quale erede. »

65 Dappoichè l'eredità, rimasta vacante per certo tempo, venne accettata, l'effetto dell'accettazione è retroattivo come se fosse stata raccolta all'accadimento della morte (3).

66 Per entrare nel possesso del gius ereditario, egli è mestieri, che chi reputa avervi diritto; 1.° sia già concepito; 2.° che sia nato vitale; 3.° che non sia morto civilmente.

67 La giurisprudenza antica e moderna risguardava una eredità non adita, siccome rappresentata dalla persona del trapassato in tutto ciò che si riferisce a diritto; non già in ciò ch'è di fatto, cioè in quanto richieda l'intervento e l'opera d'una persona. In quest'ultimo caso viene dai tribunali destinato all'eredità giacente un procuratore che agisca per essa.

68 La domanda d'una eredità, presso i Romani appellata *petitio haereditatis*, era azione mista, personale e reale. Reale rispetto alle cose sulle quali il defunto aveva un jus acquisito al momento di sua morte, giacchè la proprietà, base d'ogni azione di

(1) Vedansi le *Pandette* di Pothier al lib. 29, tit. 2 del digesto st.
(2) L. 20, dig, lib. 29, tit. 2.
(3) Domat, *leggi civili* lib. I, tit. I, n. XV, sez. I.

tal natura, era passata direttamente dall'estinto al suo erede. Era personale in riguardo alle cose che divennero proprietà dell'erede di poi che assunse siffatto carattere. E in vero, circa a queste ultime, il defunto non trasfuse alcun diritto di proprietà all'erede di lui, ma solo un'azione personale contro gl'individui che quasi-contrattarono con esso erede quale amministratore dello spento anzidetto (1).

69 Per avanzare una domanda di eredità bisogna, secondo il jus comune, trovarsi nel possesso del corrispondente diritto, giustificando nelle successioni legittime il grado prescritto di parentela: nelle testamentarie, producendo il testamento. Ma nel primo caso il petente non è tenuto, se non in confronto d'altro parente dell'estinto, di comprovare che non havvi altra persona
70 più di lui prossima per legame parentale: e nel caso di presentazione di testamento, non ha d'uopo di addurre la prova che non fu revocato (2), per la massima di jus comune romano, secondo la chiosa degl'interpreti, ed in ispecie di Dionisio Gotofredo: *Vitium qui testamenti impugnat, vitium tenetur probare: alias praesumitur pro testamento.*

71 È facile lo scorgere, che la mentovata azione s'intenta contro il possessore d'una universalità o di una parte dell'ente ereditario: e se gli effetti ereditarii si posseggano in virtù d'un titolo singolare, v. g. di compra, di donazione e simili, si adoperava per ricuperarli, non già l'azione ereditaria, la quale si annovera tra quelle dette in diritto *azioni universali;* bensì viensi proponendo un'*azione di vendicazione*, dimostrando e chiedendo tutte le cose provenienti da quella determinata successione, le quali il convenuto possede o cessò di possedere, e tutti i naturali frutti raccolti, o frutti civili percepiti, o che doveansi ricogliere o percepire (3).

(1) Art. 1373 del cod. nap. L. 3, § 6. — l. 12, § ult. — l. 2, § 2 del dig. titolo *de negotiis gestis.*

(2) L. 11 C. de prob. lib. IV, tit. 19.

(3) Vedi in questo Trattato l'articolo = *Azione vendicatoria del possesso.*

72 Quest'azione di eredità pel romano diritto e pei codici moderni si prescrive in trent' anni, art. 2262 del c. n.; § 1479 del codice civile austriaco.

73 Passando, giusta l' usato nostro metodo, dalle dottrine e determinazioni del jus romano a toccar quelle del francese e dell' austriaco, osserveremo, che nel codice napoleone l' art. 724 è così concepito: *L' immediato possesso de' beni, diritti ed azioni del defunto, passa* ipso jure *negli eredi legittimi, coll' obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari: i figli naturali però, il conjuge superstite e lo Stato debbono farsi immettere in possesso giudizialmente* dal tribunale di prima istanza nella cui giurisdizione si aprì la successione; art. 770 c. n.: similmente, se il testamento sia olografo o mistico, e qualora non sianvi eredi, cui la legge riservi una quota di beni, il legatario universale viene posto in possesso dal presidente del tribunale summentovato: articolo 1004, 1006, 1008.

Lo stesso codice francese dall' art. 774 sino al 783 stabilisce l' istituto dell' accettazione dell' eredità, la quale si retrotrae al giorno in cui si aperse la successione (art. 777), e può essere espressa o tacita (art. 778), non fatta con atti semplicemente conservatorii, di vigilanza e di amministrazione provvisionale: art. 779 del cod. napol.

74 Il codice civile austriaco eziandio contiene un titolo intero sull'acquisto di possesso dell' eredità dal § 797 al § 824, dove si stanziano la condizioni per prendere legalmente possesso dell' eredità, la dichiarazione e natura della presa di possesso e simili.

Il gius austriaco, siccome i superiormente menzionati romano e francese, fa cominciare il diritto ereditario dopo la morte del testatore: così il § 536 ed il § 545. Per lo stesso principio si schiude la successione collo spirare di colui, che abbandona colla vita il proprio avere; ed il jus ereditario si trasmette agli eredi del transitante, ancor che non avesse preso possesso della conseguita eredità: § 537 del cod. civ. aust.

Tuttavolta *nessuno*, dice il successivo § 797, *può d'autorità propria prendere possesso dell' eredità. Il diritto di succedere dee*

provarsi avanti il giudice, ed *a lui deve domandarsi l' aggiudicazione dell' eredità, ossia l' immissione nel legale possesso.*

Così fatta ordinazione scaturisce dall' altro principio giuridico, posto all'antecedente § 320, che mediante il titolo valido si acquista solamente il jus al possesso della cosa, non il possesso medesimo. Se questo gli viene contrastato, non può il cittadino immettervisi di sua autorità, ma bensì invocarne il possesso dal giudice.

ARTICOLO VIII.

Possesso per accessione.

75 L' intitolazione del presente articolo è per avventura insolita, e come tale dee naturalmente soggiacere a dispareri e censure. Me la suggerirono le seguenti riflessioni.

Acquista per accessione il proprietario d'una cosa tutto quanto la stessa produca naturalmente, i frutti spontanei o procurati di un immobile, i frutti civili, i parti degli animali: cod. napol. articolo 547; cod. civ. aust. § 405.

76 Cotesti accessorj di una cosa vengono in proprietà di colui che la possede: e seguono le vicende cui è sottoposta la possessione stessa. Fin qui erasi dai legislatori considerato il jus di accessione, quale mezzo di acquisizione del dominio. Mi pare potersi anche solo limitare all' acquisto del possesso, inerente e conforme all' indole della proprietà principale, cui si annette l' acquistamento per accessione.

77 Potrebbesi affermare in certa qual guisa; che senza la dichiarazione della legge positiva, non in tutti i casi l' accessione vedrebbesi fondata sui principj producenti la proprietà: verbigrazia non concorrono gli estremi della tradizione traslativa del dominio, vale a dire sarebbe una consegna difettiva del consentimento espresso dell' alienante, della causa dell' alienazione e dell' adesione reciproca di chi dà e di chi riceve la cosa per via
78 dell' accessione. Ma interverrebbe invece un fatto operato dalle

combinazioni naturali e dalla sorte, efficace a creare tali rapporti col possessore attuale posteriore da doversi considerare legittimato in lui l'acquisito possesso anteriore continuo, pacifico, pubblico, non equivoco (art. 2229 C. N.) senza dolo, senza violenza; (§ 1464, C. C. A.) condotto a compimento dal caso fortuito, il quale sta a pregiudizio od a favore di quello, a cui accadde. Il codice francese all'art. 1148 e l'austriaco al § 1311 intendono per caso fortuito un evento, indipendente dalla volontà umana, derivante dalle fisiche leggi della natura. Una vicenda casuale danneggia cui fu percosso; gratifica cui fu propizia: massima è cotesta sancita dai prenominati due codici, attinta al corpo del jus romano (1).

79 L'accessione è un modo di acquistare il pieno dominio, e quindi il possesso, giusta il diritto delle genti, di ciò che proviene e si genera e si riunisce e consolida in cosa nostra. Vedasi il digesto romano al libro 41, titolo primo; il codice napoleone dall'articolo 546 sino al 577; il codice civile austriaco dal § 404 sino al 422.

80 Tra i vari generi di accessione avvi quello che appellasi *superficei impositio*, vale a dire l'imposizione delle cose, le quali venendo sovrapposte alle nostre, non è più possibile il separarle
81 senza guasto o deteriorazione. Finó a che sieno pendenti sulla mia terra i frutti ch'essa produsse, essi formano una sola e medesima cosa colla stessa terra che li generò: *fructus pendentes pars fundi videntur*; l. 44 ff. *de rei vind.* Non è la coltura di quella terra, che fa acquistare il dominio dei frutti in essa originati:

(1) Scrive il g. c. Alfeno nella l. 52, § 4, dig. lib. 9, tit. 2: *Mentre alcune persone giocavano alla palla, una di esse volendo coglierla, diede una spinta ad un giovane servo; il servo cadde, e si ruppe una gamba. Fu domandato se il padrone del servo potesse muovere l'azione in appoggio della legge Aquilia, attesochè per quella spinta venne a cadere. Rispose negativamente, dappoichè ciò avvenne per caso, non per colpa.* Nella quale sentenza si accordarono Giovaleno e Labeone nella successiva legge 57, ed Ulpiano nella l. 23 del digesto, lib. 50, tit. 17.

82 *omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur;* ma il proprietario della terra deve rimborsare il prezzo delle sementi e dei lavori. È il jus di dominio in sè stesso, che *ipso jure* ne fa padroni dei frutti, *vi ac potestate rei suae.* In questo senso per virtù della legge di accessione dicesi, che *usufructus pars dominii est.*

83 Allorchè un tutto si compone di due cose, una delle quali non può sussistere senza dell'altra, e l'altra può stare da sè disgiunta, come il suolo dalle piante, non le piante senza il suolo, il suolo diventa la cosa principale che assorbe l'accessorio. *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest* (1).

84 La giurisprudenza romana applicò più specificatamente tali teorie alle piantagioni sull'altrui suolo, dichiarando che gli alberi così collocati, tostochè abbiano radicato, formano un solo tutto col terreno, il dominio del quale, come ente principale, trae a sè l'accessorio, cioè le piantagioni (2).

85 E restringendo il ragionamento alla tesi primitiva, verrebbe chiarito dal Pothier (3) che: *Quando la cosa, che per la sua unione colla mia senza cemento, ne è divenuta l'accessorio, vi è talmente unita che non ammette più separazione, il dominio ch'io ne acquisto per diritto di accessione,* vi ac potestate rei meae, *è un dominio vero e perpetuo. Tale è quello ch'io acquisto della vigna o degli alberi stati piantati nel mio campo, della semente di cui è stato sparso, di ciò che vi è stato fabbricato od eretto* (4).

86 Non così se la cosa unita colla mia acquistò l'indole di accessorio, e sia separabile dalla mia; allora il dominio da me

(1) L. 23, § 3, ff. lib. 6, tit. 1.

(2) *Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso, si meam plantam alieno solo posuero, illius erit, si modo utroque casu radices egerit; antequam enim radices ageret, illius permanet cujus et fuit:* Cajo l. 7, § 13, dig. lib. 41, tit. 1.

(3) Trat. del diritto e dominio di proprietà n. 177.

(4) *Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii: quia quod inaedificatur, solo cedit:* legge 7, § 10 e 12 del digesto al lib. 41, tit. 1.

acquistato è momentaneo, e dura il possesso mio, finchè mi si chiede la cosa altrui, mediante l'azione ad *exhibendum* (1).

In proposito di una separazione dell'accessorio dal principale, non è a trascurarsi la decisione di Paolo (2): *L'albero cavato radicalmente e trapiantato in un altro suolo, prima che vi abbia gettato le radici, appartiene al primo proprietario: se poi vi gettò le radici, cede al campo: e se di nuovo venga sradicato, non ritorna più ad essere del primo proprietario, perchè si considera aver tratto il suo nutrimento dal terreno di un altro, ed essere diventato di altrui proprietà.*

87 Così sarebbe determinato dallo stretto diritto: ma secondo l'equità, ne insegna Pothier (3), si concede l'azione *utile in rem* al primo proprietario insino a che l'albero si trovi inerente al suolo; e molto più dopo essere stato sradicato. Ulpiano (4) scrive: *De arbore quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva* utilem in rem *actionem dabant, nam si nondum coaluit, mea esse non desinet* (5).

88 Pensa Cujacio doversi presumere l'animo di donare in chi edificò o piantò con materiali proprii nel suolo altrui, ch'ei possedeva, sapendo appartenere in proprietà d'altri.

(1) L. 6, dig. lib. 10, tit. 4. *Gemma inclusa auro alieno vindicari non potest: sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest.*

(2) L. 26, § 2, ff. lib. 41, tit. 1.

(3) Pandette lib. 41, tit. 1, n. XXIV. L. 5, § 3, dig. lib. 6, tit. 1 *de rei vindicatione*: Ulpiano.

(4) L. 5, § 3, dig. lib. 6, tit. 1.

(5) Giova di passaggio osservare, che si dà l'*azione utile*, non la *diretta*: quella compete al fondo dove si appigliarono le radici — Per rivendicare una proprietà, non è necessario che sia piena. Posso avere la nuda proprietà d'una cosa usufruttata da altri. L'usufrutto non è che una servitù, un carico, anzichè parte d'una cosa: l. 25, dig. lib. 50, tit. 16 = Tutti sanno, che le *azioni utili* non competono di stretto diritto, ma per ragione di equità ed utilità, pari alle altre azioni *civili*: e che le azioni *utili* appellansi anche IN FACTUM, scaturienti da un fatto, dal quale non nasce azione ordinaria.

Si conforma a tale avviso quello di Cajo espresso nella legge settima § 12 nel digesto, libro 41, titolo primo: *Se al contrario edificò taluno con materiali altrui nel proprio suolo, l'edificio si aspetta al proprietario del suolo; e se fabbricò scientemente nel suolo altrui, intendesi avere egli voluto perdere la proprietà dei materiali. Per lo che, nemmeno dopo diroccato l'edificio, a lui compete l'azione di rivendicarli. Certamente se il padrone del terreno chiede l'edifizio senza rimborsare i materiali e le mercedi degli operai, potrà essere respinto mercè l'eccezione* de dolo malo (cioè volendosi arricchire con danno altrui contro l'equità): *non già nel caso che avesse ignorato, essere d'altri il suolo, ed avesse fabbricato in buona fede, reputandolo proprio; poichè se il sapeva,* culpa ei objici potest quod temere aedificavit in eo solo quod *intelligeret alienum.*

89 Intorno alle controversie su di che si aggira il discorso, potendo aver luogo l'azione *de rei vindicatione*, giova avvertire, che può dessa esercitarsi vendicando non solo qualunque sorta di cose, ma eziandio la parte d'una cosa, siccome ne insegnarono Paolo nella legge 25 del libro 50, titolo 16 del digesto, e Pothier nelle sue pandette al libro VI, titolo I, n. III.

Nel bel principio del presente articolo abbiamo accennato le ragioni che ci facevano innestare in questo opuscolo l'accessione. Ciò che fu detto trattando cotale materia, secondo i dettami del jus comune, lo si deve estendere ai disponimenti relativi dei moderni codici francese ed austriaco, coerenti nella sostanza al primo. Ond' è che ne facciamo di questi un fugace cenno.

90 Entrambe coteste legislazioni dedussero dall'assioma del jus romano *vi ac potestate rei meae*, i dettati, che l'accessione è cosa che si arroge alla principale, immobile o mobile (1): per opera naturale, fortuita o dell'uomo (2).

91 Rispetto alle fabbriche, ai campi ed alberi, il codice fran-

(1) Cod. nap. articoli dal 351 al 564: e per le cose mobili dall' art. 565 al 577: ed il C. C. A. dal § 404 al § 422.

(2) C. N. art. 547 al 551 e seg. Il C. C. A. § 405 al 422.

cese all'art. 566 ed altri consecutivi, tiene i principii giuridici della legislazione romana allegati di sopra nelle note ai numeri 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, ed il codice civile austriaco in ispecialità circa i *frutti* e la *terra* ai paragrafi 405, 407 e seguenti; circa le *fabbriche* ai parag. 417, 418, 419; riguardo alla *semina* al § 420; riguardo agli *alberi* i parag. 421, 422 ed il sopraccitato 420 conformi alle dottrine del jus comune, ossia romano sopra spiegato (1).

Nell'articolo XXVI *sul possesso di superficie* di quest'opera si leggono teorie che hanno certa relazione all'articolo presente.

ARTICOLO IX.

Di più possessori e dell'azione pubbliciana.

92 Accade talora che un possessore di buona fede, mentre sta ancora compiendosi a vantaggio di lui la prescrizione, venga spossessato. Questi può ammettersi, ancorchè non proprietario, a rivendicare la cosa, di cui venne privato da chi non avea titolo di proprietà.

93 L'azione che in questo caso si esercita, era presso i Romani denominata *actio publiciana*, dal pretore Pubblicio, il quale cominciò ad introdurla a beneficio di coloro, che avessero perduto appunto il possesso di una cosa non ancora a loro appartenente per usucapione, benchè la tenessero come propria in buona fede e con giusto titolo. Disse il pretore nella legge prima, libro sesto, titolo secondo: *Se alcuno dimanda per giusto titolo, a chi non è proprietario, una cosa di cui gli fu fatta la tradizione, ma che egli non ha ancora usucatta; io gli concederò l'azione.* Il che venne nelle istituzioni giustinianee acconciamente spiegato (2).

94 Il giureconsulto Cajo ne insegna (3), che talvolta neppure

(1) Veggasi il commento al detto § 420 del classico i. r. consigliere aulico *Zeiller*.

(2) Nel libro IV, titolo 6, § 4.

(3) L. 13, § 1, dig. lib. 6, tit. 2.

per legittimi possessi compete l'azione Pubbliciana, verbigrazia pei pignoratarii e precarii possessi, sebbene siano legittimi: nè il creditore, nè il posseditore precario conseguirono giammai il possesso della cosa con animo di stimarsene padroni; *ut credat se dominum esse*: ed a converso l'azione pubbliciana si esercita soltanto per titoli abili ad acquistare il dominio d'una cosa, se fosse stato proprietario quello da cui la ricevemmo. Basta eziandio la fondata opinione in un titolo reputato realmente giusto; quale sarebbe l'aver comperato da un furioso disconosciuto, *ignorans eum furere* (1); e bisogna inoltre fermare nella memoria il dogma di
95 diritto comune: *Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non potuit*: nè basta l'avere al momento della primitiva tradizione ignorato il difetto della facoltà di traslatare; è mestieri che una pari buona fede sussista allorchè si dà di piglio ad intentare l'azione pubbliciana anzidetta.

96 Dalle cose suesposte circa la pubbliciana s'inferisce: 1.° essere quest'azione appoggiata sull'equità, la quale vuole che il giusto possessore d'una cosa, nel quale non si consolidò ancora per l'usucapione la piena proprietà, abbia a preferirsi all'usurpatore, che se ne mise in possesso ingiustamente (2): 2.° non essere già duopo di verificare se l'ultimo possessore ne sia il vero proprietario, mercecchè *publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: non è conferita per togliere la cosa al proprietario; del che la prova si trae primamente dall'equità, ed in secondo luogo dall'eccezione se la cosa non è del possessore* (si ea res possessoris non sit); *ma segnatamente per far possedere la cosa a colui che la comperò di buona fede, e che la possiede con*

(1) L. 7, § 2, lib. 6, tit. 2, dig.

(2) Non riesce superfluo il ricordare, che nel linguaggio dei romani giureconsulti *usurpazione* significava l'interruzione dell'usucapione. Se badiamo al senso grammaticale, *usurpatio, da usurpo, es, usare frequentemente, adoperare,* talora *acquistare contro il diritto*, allorchè coll'uso si attenta di prender possesso d'una cosa cui altri ha titolo di usucapire.

questo titolo (1). Il giureconsulto Paolo osserva, che se il proprietario è quegli stesso che possiede, egli all'azione pubbliciana può opporre l'eccezione del legittimo possesso (2), cioè il giusto dominio; perocchè, aggiunge Gotofredo: *publiciana, omni emptori bonae fidei competit, nec ei dolus venditoris nocet.*

97 Per la ragione opposta è a concludersi, che, essendo le due parti in uguale condizione, il possessore attuale è da anteporsi: *in pari causa potior causa possessoris.* Tale giurisprudenza sarebbe consecrata dal codice civile austriaco, laddove al § 348, nella ipotesi di più concorrenti al possesso di un oggetto, che trovasi in mano d'un semplice detentore, se ve ne sia fra questi detentori uno, nel cui nome la cosa era tenuta in custodia, deve consegnarsi in prelazione a quest'ultimo: con che si favorisce il possessore materiale in attualità.

98 La giurisprudenza intorno all'azione pubbliciana può ricevere applicazione fra noi? Quale jus equitativo parrebbe ammissibile l'affermativa, massime riflettendo, che i moderni codici, per quanto nella sfera dei principii generali si studino di essere copiosi, non potevano aspirare a comprendervi tutte le diffinizioni e risoluzioni necessarie a decidere i casi tutti. Da qui il commendevole disponimento del § 7 del codice civile austriaco: da qui la considerazione che un codice non può che esibire le nude legali prescrizioni: che le esposizioni delle dottrine e dei motivi delle leggi, la cura di formarne un sistema scientifico, viene dai legislatori lasciata in balìa della giurisprudenza e dei giureconsulti, cui muove nell'esercizio della nobile loro professione, non il solo lucro, ma la gloria di far progredire la scienza del diritto, di cui è inesausto tesoro il corpo delle leggi romane (3).

99 Da che i codici suppongono concorrenza di più pretendenti

(1) L. 17, dig. lib. 6, tit. 2.

(2) L. 16, lib. 6, tit. 2 del digesto.

(3) Vedasi l'opera tedesca del dottore *Antonio Bauer* professore di diritto in Marburg: *Saggi caratteristici e critici del codice napoleone*, edita, volgarizzata nel 1813 in Rovereto, alla sezione I, § III.

a conseguire la possessione di una cosa, sarà consentaneo alle norme di equità e ragione, che, dovendosi aggiudicarla a chi fornisca più motivi di convenienza ad averla, fra questi abbia ad anteporsi colui che la possedeva da tempo, ricevuta per titolo abile a trasfondere dominio, da chi non era il padrone, ma che doveasi presumere tale. Siffatto possessore di buona fede, venne casualmente perdendone il possesso. Lo invoca, e lo si accorda sulle tracce della teoria pubbliciana, quando riesca l'attore a dimostrare un acquisto in buona fede; la tradizione, se cosa mobile; la presa di possesso, se immobile. Non fa d' uopo che l' attore confessi di aver comperato da chi non era padrone. Stupenda per equità è la decisione nel caso riferito da Papiniano alla legge 57 del digesto,
100 libro sesto, titolo secondo, che si trascrive volgarizzata: *Fu provato che il mandato, per vendere i servi, va estinto colla morte di quello che lo assunse. Tuttavia, siccome i suoi eredi, caduti in errore, non già coll' animo di defraudare, ma bensì per eseguire la commissione assunta dal defunto, vendettero i servi; così fu deciso che questi dovessero riputarsi usucatti dai compratori; e che il mercadante di servi, ritornato dalla provincia, potesse utilmente promovere l'azione pubbliciana: dappoichè l' eccezione del legittimo dominio si concede con cognizione di causa; e non conviene che chi ripone sua fiducia in altrui, soffra danno per l'errore o per la imperizia degli eredi di quello.*

ARTICOLO X.

Conseguenze del possesso, ossia sua natura.

Dalle cose ragionate nell'articolo terzo sul possesso in genere, si può dedurre:

101 1.° Essere la natura del possesso cosa più di fatto, che di diritto, e consistere quindi nella facoltà fisica dell'uso e godimento.

2.° Essere nondimeno il possesso riferibile a cose corporali del pari che a diritti.

102 3.° Non potersi il possesso di una cosa abbracciare legit-

tmamente che da un solo padrone: *plures eamdem rem in solidum possidere non possit;* salvo il caso della comunione, v. g. nel caso dei parag. 361, 828, 829 del cod. civ. austr.

4.° Ancorchè sia il possedimento cosa propria e non tangibile da altri, può tuttavia venire turbato l'uso di essa, sia colla prepotenza, sia coll' inganno, con impedimento fisico o morale.

103 5.° Talvolta è lasciato illeso il *jus possidendi* (il quale diversifica dall' attuale fisico possesso); ma non rimane però che la facoltà morale di agire per conseguirlo: tal' altra si tiene in mano cosa che non si ha diritto di tenere.

6.° Per lo che accade di perdersi il possesso, non la ragione del dominio, e ritiensi quindi il gius di ricuperarlo, come un campo allagato, una roba naufragata.

104 7.° Dal che ne conseguita l'emanazione del possesso naturale, di cui gode colui che non ha il dominio, nè altro diritto sulla cosa naturalmente posseduta, come il predone, chi l' ha in usamento precario, in usufrutto, in pegno. Ritenitori così fatti di una cosa, posseggonla per conto del vero proprietario. Nullameno questa maniera di possedere può trovarsi giusta od ingiusta (1).

105 8.° Ne conseguita inoltre il possesso civile (2), il quale, secondo la diffinizione di Teofilo, è una detenzione con animo di avere il dominio: e lo si ha effettivamente allorchè si possieda con qualche giusto titolo, cioè atto a trasferire il dominio: verbi grazia per compera, donazione, legato, eredità, dote, dazione in risarcimento di danno *(pro noxae dedito)* e per suo, *pro suo.* Quest' ultimo titolo o causa, detto *pro suo,* si prende specialmente per quelle cause di acquistare le proprietà, che hanno nome proprio, come per le cose che prendiamo in terra o in mare, od ai nemici, ovvero quelle a cui diamo l' essere, siccome il vino fatto colle uve nostre o di altri (3).

106 La teoria più generalmente accettata intorno al possesso

(1) Vedasi *Sul possesso naturale,* art. XV qui innanzi.
(2) Vedi parimenti *Sul possesso civile,* art. XV suddetto.
(3) L. 3, § 21, lib. 41, tit. 2 digesto.

è quella che lo risguarda quale atto preliminare indispensabile all'acquisto della proprietà: dal che ne consegue, che un prolungato possesso di buona fede attribuisca la proprietà medesima. Ma filosoficamente, secondo certa scuola, il possesso non origina titolo di proprietà, nè va distinto dalla proprietà, nè considerato un diritto anteriore alla stessa, ma quale diritto derivante dalla proprietà medesima, e conseguenza della proprietà trasmessa ad altri; perciocchè, onde v' intervenga la traslazione del possesso, egli è mestieri che sussista il diritto di dominio.

107 Provato il titolo, l'acquisitore può dimandare di venire posto nel possesso. Laonde, lungi dal costituire quest' ultimo un diritto di proprietà, il possesso ne è una derivazione; ch'è quanto dire il possesso rappresenta la proprietà materializzata. Sta la proprietà disgiunta dal possesso: questo dà il compimento a quella, poichè la utilizza (1).

108 Allo spiegare la natura del possesso viene in acconcio la dottrina di quel romano giureconsulto (2), che scriveva: *Noi siamo considerati avere una cosa nei nostri beni, ogni qualvolta, possedendola, abbiamo una eccezione* (ad eam retinendam), *o, perdendola,* abbiamo un' azione per ricuperarla, in conseguenza della massima, che *rem habet, qui actionem ad eam recuperandam habet: habetur quod peti potest,* dice Dionisio Gotofredo in una glossa.

109 Il possesso si acquista col corpo e coll' animo, *neque per se animo, aut per se corpore.* = *Ciò che abbiamo detto, cioè che acquistiamo il possesso col corpo e coll' animo, non si deve intendere in guisa che colui, che vuole possedere un fondo, debba andar sopra ogni gleba, ma basta che entri in qualche parte del fondo, purchè abbia in mente ed in animo di voler possedere tutto il fondo fino al suo confine:* così il giureconsulto Paolo (3).

110 La scienza giurista però ci ammonisce, che non vi ha per-

(1) *Ahrens,* Filosofia del Diritto — Divis. prima, capo II, parte I, § 3, pag. 190, edizione di Parigi 1838.

(2) Modestino nella l. 52 del dig. lib. 41, tit. I.

(3) L. 3, § 1, lib. 41, tit. 2 del digesto.

fetto possesso di porzione di una cosa incerta; e che si può d' altra parte possedere una determinata cosa, sebbene indivisa. Non si può consegnare ciò che è incerto (1). Qui però va eccettuato il diritto di acquistare una cosa non ancora definita e specificata: tale diritto astratto di dominio diretto apre il varco alla ricerca giudiziale di quanto ne appartiene.

ARTICOLO XI.

Possesso considerato come titolo di proprietà. — Occupazione.

111 Talora il possesso d' una cosa, a niuno appartenente, forma titolo di legittimo acquisto. Il mezzo, che lo pone in pratica, è l' occupazione, riconosciuta anche dalle leggi civili, non che dal jus di natura e delle genti.

L' occupazione è l' atto d' impadronirsi d' una cosa per farla nostra.

112 Ne' suoi rapporti col diritto di proprietà, cotesto atto era nello stato di natura l' unico segno e titolo di dominio. Perdevasi coll'abbandonarne il possesso; posciachè non esisteva ancora vero diritto di proprietà se non nella effettiva occupazione.

113 Grozio e Puffendorf ravvisavano tale diritto fondato sopra una convenzione espressa o tacita per assicurare il dominio al primo occupante. Ma altri pubblicisti opposero, che siffatto patteggiamento non poteva stabilirsi che a consorzio civile costituito.

Sappiamo, che, giusta il riprovato sistema di Hobbes, avvi diritto comune a tutti su tutte le cose, ed il diritto resta al più forte.

Locke con altri vide nell'occupazione una fatica corporale, la quale viene ricompensata coll'acquisto della proprietà; dettame di
114 giustizia universale. Altrimenti, aggiungono altri scrittori, avendo tutti eguale jus alle cose comuni, quando non si rispetti l' opera del primo occupante, resterà ognora la cosa in comunione, che vale a dire infruttuosa a tutti.

(1) L. 26, dig. lib. 41, tit. 2.

In tale questione sottile poi non è difficile l' osservare, che, ad attribuire un gius di dominio nell'occupante, è di necessità che la cosa, di cui v' impadronite, sia di tal natura da farsi inutile a chicchessia fino a che giaccia comune a tutti; che si continui a possederla, che sia a ciò suscettiva e vacua di precedente possessore; e che non si ponno tenere in proprio che le cose modificative.

115 Per non estendersi fuori di modo in siffatta materia fecondissima, ci restringeremo ad affermare, che in tutte le legislazioni civili si tocca questo diritto del primo occupante di cose, in origine comuni, o divenute tali: v. g. le isole; i possedimenti vacanti; le bestie, gli uccelli, i pesci, gli oggetti rinvenuti nel mare o sulle sue ripe, i tesori nascosti, le cose perdute e le abbandonate. Il codice napoleone versa su tale argomento agli articoli 712, 716, 717 ed altri: il codice civile austriaco ai paragrafi 381, 382 e seguenti.

116 Fu assai tra i juspubblicisti dibattuta la controversia, se la prescrizione sia di diritto naturale o solamente civile. La prescrizione suppone l'abbandono dell'oggetto proprio: ma, conformemente ai principii del jus di natura, non già il tempo, bensì la cessazione del bisogno dell'oggetto, ne fa perdere il diritto di usarne. Comunque sia, l' opinione più ricevuta si fu, che le leggi positive l' abbiano introdotta per torre di mezzo una funesta incertezza nelle faccende sociali, ed i litigi (1).

117 Dai medesimi principii furono condotti i legislatori a statuire la usucapione, correlativa alla prescrizione, quale modo di acquistare la proprietà. Qui però è ovvio l' avvertire, che, ove a causa della prescrizione, io venga spogliato d'un diritto, d'un vantaggio, chi dee prestarmelo, resta, è vero, sgravato dall' obbligo corrispondente, ma non trapassa già in lui il diritto ch' io perdei. Per

(1) *Grozio, de jure belli ac pacis,* libro 2, capo 4, n. 1, 2, 3, ed altrove: dell' ediz. di Amsterdam 1712 a pag. 221 e segu.

Ahrens, Paris 1838, pag. 204 e segu. = *Cours de droit naturel* ec., parte speciale della filosofia del diritto, capitolo secondo, parte I e II.

ciò fu scritto da un insigne giurista alemanno (1): *L'usucapione abbraccia per sè una prescrizione, ma viceversa la prescrizione non contiene usucapione.* Ed il codice civile austriaco al § 1453 annovera la usucapione fra le maniere giuridiche di conseguire la proprietà ed àltri diritti: cui fra gli altri segnatamente si riferiscono i paragrafi 316, 317, 319, 326, 328, 1460, 1451, 1452, 1477 dello stesso codice austriaco; e parimenti il codice napoleone agli articoli 2219, 2229, 2262. Entrambi siffatti codici fecero fondamento dell' usucapione il possesso; quel possesso però di cose corporee od incorporee, il quale presenti tali caratteri da dedurne la presunzione di una ragione di proprietà. Allo sviluppo del qual principio viene a proposito un brano di Romagnosi, che rapportiamo testuale: « Il possesso non può considerarsi come *inducente* » *diritto di dominio*, se non nel caso in cui esso presenti le circo- » stanze per le quali si possa almeno presumere il consenso del » padrone della cosa, di cui si vuole acquistare il dominio. Gli » estremi del consenso sono la *precognizione* e la *libertà*. La *pre-* » *cognizione* circa l'oggetto, di cui si tratta, o l' atto da altri pra- » ticato. La *libertà* circa la facoltà per parte degl' interessati di » poter rifiutare, o respingere la pretesa dell'altra parte. Tutto ciò » che colpisce la piena cognizione delle cose, e tutto ciò che col- » pisce la piena libertà di agire a proprio beneplacito vizia o toglie » il consenso (2). »

Allorchè trattasi poi di prescrivere un debito o un gius incorporale, non è mestieri di provare il possesso, nè il titolo. A respingere l' istanza parrebbe sufficiente l'opporre la inesercitata azione di credito per l'intervallo di tempo, che la prescrive.

Al nostro soggetto non si confanno più prolungate conside-

(1) Il consigliere aulico *Zeiller* nel commento al § 1452 del codice civ. austr.

(2) *Della ragion civile delle acque nella rurale economia*; t. III, parte seconda, capo 6.

Si può inoltre vedere Domat nelle sue *Loix civiles*; lib. III, tit. VII, sez. II, n. 3 e 4.

razioni legali. Nostro intendimento era la conclusione, che *sine possessione usucapio contingere non potest*; e in conseguenza giustificare che il possesso può divenire cagione di acquisto di diritti.

ARTICOLO XII.

L'interdetto ossia l'azione Salviana e Serviana.

118 Non sarà erudizione affatto inutile il qui rimembrare agli studiosi della romana giurisprudenza questi due celebri interdetti.

L'interdetto *Salviano*, inventato da *Salvio Giuliano* pretore, competeva al locatore del fondo rustico od urbano per acquistare il possesso delle cose, che furono dal conduttore portate sul fondo stesso ed espressamente per il canone fitteraccio obbligate.

119 Mercè la ridetta azione salviana il proprietario di un immobile affittato volgevasi contro il proprio fittajuolo per impossessarsi degli effetti promessi in pegno a sicurtà del fitto (1).

« L'azione salviana, scrivesi in un' opera anonima torinese (2), *direttamente* compete al padrone del fondo rustico contro al massaro od affittajolo: *utilmente* poi anche al padrone del fondo urbano per acquistare il possesso di quelle cose, che sono state dall'affittajuolo di detto fondo urbano portate nel già detto fondo urbano: e generalmente è anche ricevuto competere tale interdetto *utilmente* contro chiunque abbia comperato dal fittajolo la cosa pignorata. »

120 In quest'ultimo caso però, cioè indirizzando l'azione contro il terzo possessore, prendeva questa la denominazione di *Serviana*; poichè introdotta da certo pretore urbano o peregrino di Ro-

(1) Inst. di Giust. lib. IV, tit. 15, § 3: *Adipiscendae* = *Minoja*, Ripetizioni accademiche di diritto comune, Milano 1793, Ripet. XXX. pag. 365.

(2) Istituzioni civili e forensi esposte in lingua italiana ad uso della gioventù. Torino 1785, appresso Giorgio Faustino, lib. IV, parte I, tit. V, pag. 328.

ma, non bene individuato della persona, nè dell'età in cui visse, chiamato *Servio Sulpizio* (1).

Cotale azione *serviana* esercitavasi per riacquistare l'effetto mobile, tacitamente costituito in pegno, non espressamente, come nel caso della *salviana;* del quale effetto il colono o il fittabile aveva fornito il predio. Soltanto in seguito si adottò a somiglianza della *salviana*, che l'azione *serviana* si estendesse a riavere qualsiasi pegno da qualunque massaro, conduttore o debitore: al quale perseguitamento giudiziale anticamente davasi il nome di *quasi-salviana;* e conseguentemente entrambi le azioni salviana e quasi-salviana si attitavano soltanto contro il colono e l'affittuale, ovvero contro il debitore, se eravi un coobbligato.

Se un terzo avesse fatto acquisto di tali oggetti, il peso del pegno riputavasi annesso e inseparabile dai medesimi (2): posciachè nè vendendo, nè donando, nè legando nè alienando in qualunque altro modo, non lice deteriorare la condizione del creditore (3). La conseguenza legale di tale recuperamento è l'attuazione
121 del pegno. Questo poi svaniva colla alienazione consentita da patto speciale.

122 L'azione *serviana* differiva in questo dalla *salviana*, che colla prima miravasi a conseguire la giuridica astratta ragione; colla seconda il possesso della cosa, ritenendola, *donec ei integre satisfiat* (4). Nell'esercizio di quella, bastava provare che il compratore ricevette la cosa, mentre trovavasi in pegno: nell'uso dell'interdetto salviano era sufficiente la prova dell'importazione nel predio rustico od urbano della cosa, la quale da quell'istante diveniva pegno.

Dalla qual cosa deducesi, che l'azione serviana proponevasi

(1) Vedansi le pandette di Pothier alla nota 1 del lib. XX, tit. I, n. 28.

(2) Cod. rom. lib. 8, tit. 28, l. 12.

(3) Cod. succit. l. 15.

(4) § 7, Inst. de action. l. 2, dig. *in quibus caus. pignus*, lib. 20, tit. 2.

per gli effetti trasportati sulla tenuta, ed ipotecati in modo implicito per la mercede e deterioramento del fondo, in confronto del conduttore, o suo fidejussore, ovvero contro il terzo possessore di buona o di mala fede, e contro chi dolosamente cessò di possedere: e la *quasi-serviana*, pari alla ipotecaria, si attitava contro tutti i sunnominati, siasi originato il credito pignoratizio per patteggiamento, o tacitamente, o per determinazione di legge; e quindi colla sola differenza tra la serviana e la quasi-serviana, che quest'ultima si adopera eziandio ad esecutare le cose mobili soltanto tacitamente obbligate: laonde qualunque creditore per qualsiasi titolo, anche non in causa di locazione, la esercitava come azione *utile* per vendicare il possesso degli enti sottoposti a pegno.

123 Nel romano diritto è detto dal g. c. Nerazio, (1) che *eo jure utimur* (cioè della tacita ipoteca) *ut, quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. In rusticis praediis contra observatur.* Il che venne confermato dall'imperatore Alessandro e dall'imperatore Giustiniano nelle leggi qui appiedi citate (2). Della quale distinzione adducevasi per ragione, che i possedimenti rustici, coi frutti del suolo tacitamente obbligati al locatore, lo garantivano abbastanza, mentre negli urbani, situati in città, o in campagna *habitandi causa* (3),

(1) L. 4, dig. lib. XX, tit. II. Questo testo consuona come segue: *è jus ricevuto riputare pignorate nei predii urbani le cose introdotte (inducta,* come i semoventi) *e le trasportate (illata,* le cose inanimate), *quasi fosse ciò tacitamente pattuito. Rispetto ai predii rustici poi si osserva il contrario* = Alla prima parte di questo testo va concorde la L. 4, dig., lib. 2, tit. 14: *Item, quia conventiones* (etiam) *tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit.*

(2) Dell'imper. Alessandro l. 5 C., libro IV, tit. 65 = dell'imp. Giustiniano l. 7 C., libro VIII, tit. 15.

(3) Nel jus romano si addita la differenza tra i predii rustici e gli urbani dal dettame di Ulpiano nella L. 198, dig. lib. 50, tit. 16, vale a dire che tale distinzione *non locus facit, sed materia* (cioè l'uso): non

gli arredi ed effetti mobili in casa del conduttore tenevano vece della guarentigia delle derrate campestri, sempre che introdotti nel fondo urbano col divisamento di lasciarveli permanentemente (1).

ARTICOLO XIII.

Azione vendicatoria del possesso; petitorio, ossia giudizio di possesso plenario.

Definizione.

124 È cotesta un'azione petitoria di una cosa singolare, che vuolsi far restituire: *actio singularium rerum petitionis* (2): la quale espressione abbraccia tutte le cose mobili, animate ed inanimate, un intero gregge, considerato unione di parti, non che una parte ch' è la porzione indivisa d'una cosa, anche di quella che non può dividersi senza distruggerla; ugualmente la divisa, formante un tutto da sè; ma eziandio si concede la vendicazione di una parte indeterminata, quando sia ciò idoneo. Ed in quanto alle cose incorporali, la facoltà di usarne tien vece di vendicazione.

Il c. c. a. al § 366 dispone: *Al diritto del proprietario di escludere qualunque altro dal possesso della cosa propria, quello pure è unito di vendicarla giudizialmente da qualunque detentore* (3).

che da quello di Pomponio nell' antecedente l. 166 dello stesso titolo: *urbana familia et rustica non loco, sed genere* (per l' opera) *distinguitur.*

(1) L. 7, dig. lib. XX, tit. 2. Vedasi il nostro *Repertorio legale dei diritti reali* alla voce: *Pegno legale*, e l' altra nostra opera sulle *Rendite giuridiche*, parte terza, capo sesto.

(2) L. 1, dig. lib. VI, tit. I.

(3) L. 1, § 3 = l. 26, § 1 = l. 35, § 3 = l. 76, § 1 del digesto libro VI, titolo I = l. 20, dig. lib. VIII, tit. I *de servitutibus.*

Cosa colpisca: sua origine e natura.

125 Non si voglia obbliare, che nell' esatto linguaggio legale l' azione vendicatoria non colpisce che cose corporali, non già diritti. Ha origine dal dominio, cui si annette l' idea della facoltà di disporre a piacere della cosa propria, sia assolutamente, sia limitatamente, vale a dire per pieno dominio, di proprietà insieme e di uso, ovvero di semipieno, il quale in simile guisa si riparte in dominio diretto ed utile. Laonde insegna la scuola, che *rei vindicatio dicitur actio realis ex dominio orta*, diretta, ove il dominio sia intero, utile se dimezzato.

Cose unite ad altre.

126 La scienza del diritto ci ammaestra, che il padrone non può vendicare quelle sue cose, che si trovassero unite ed aggiunte ad altre per gius di accessione, perocchè immedesimate in cosa altrui. In tal caso si agisce per presentazione, *ad exhibendum;* onde, separate, rivendicarle: purchè non sia intervenuto ferruminamento, ossia saldatura, mercè cui la roba aggiunta passò incorporata colla parte maggiore: il che non accade per impiombatura. Per lo che, ogniqualvolta non sia ammissibile l'azione *ad exhibendum*, ovvero *in rem*, è di necessità l'appigliarsi all'azione *in factum*, acciocchè colui, che entrò novello padrone per rigor di diritto, non arricchisca a pregiudizio del primiero con lesione dell' equità (1).

Piantagioni nel suolo altrui.

127 In siffatto argomento ne addottrina Pothier, « che gli alberi » che posero radice nel suolo altrui, si possono assomigliare alle » accessioni per saldatura; e però in riguardo a questi alberi si » concede, non già il vendicamento della cosa, ma l' azione utile

(1) L. 23, § 5, dig. lib. VI, tit. I.

» *pel fatto.* » Ed il sommo legista francese convalida il precetto colla sentenza di Ulpiano (1). *In riguardo all' arbore trapiantato nel campo altrui, che vi pose radice,* Varo e Nerva *concedevano l'azione reale utile; poichè se per anco non vi si abbarbicò, l'albero non cessa d'esser mio.*

Trave altrui unito alla casa.

128 Il prelodato autore a questo passo delle sue Pandette (2) ne richiama alla teorica delle XII Tavole, che il trave altrui unito alla casa, non si può vendicare, nè si può esercitare l' azione per la presentazione, se non se contro quegli che avesse scientemente unito il proprio trave alla casa d'altri; nel qual caso avrebbe luogo unicamente l' *utile* azione reale. Tuttavia si potrebbe vendicare il trave, laddove si fosse separato.

Edificio sul suolo altrui.

129 Quest' ultima opinione è del Pothier, appoggiata alla decisione del romano giureconsulto Paolo nella legge ventitre, paragrafo settimo del digesto, libro VI titolo primo, così concepita: *Se alcuno ha edificato sopra il proprio suolo con materiali altrui, ei potrà vendicare l'edificio; ed il primo padrone potrà vendicare i materiali disciolti, ancorchè l' edifizio fosse stato disfatto dopo spirato il tempo dell' usucapione, essendo già posseduto in buona fede dal compratore: imperciocchè noi non acquistiamo per usucapione i singoli materiali, benchè tutto l' edificio sia diventato nostro per lasso di tempo.* E qui annota Pothier, che i materiali non sono posseduti in sè stessi: si possiede la casa, non i singoli materiali dei quali è composta.

Oggetti connessi agli edifici.

130 Similmente decise il giureconsulto Giuliano, che se l' abitatore d' una casa altrui vi pose finestre e porte, ed il proprieta-

(1) L. 5, § 3, dig. lib. VI, tit. I.
(2) Pand. lib. VI, tit. I, *de rei vendicatione* n. VI.

rio di quella le tolse via dopo un anno (il tempo dell' usucapione), potrà chi le pose vendicarle: *perchè le cose che si connettono agli edifizii altrui, finchè stanno unite, fanno parte dell'edificio; ma subitochè vengono tolte via, ritornano allo stato loro primiero* (1). I dettami giuridici, testè esposti, sono ancora applicabili al presente caso. Le finestre e porte, finchè stavano unite all' edificio, formavano parte del medesimo, e non esistevano più nella loro natura; per cui il padrone della fabbrica non potè, nè possederle, nè acquistarle per usucapione.

Mischianza di oggetti. Saldature. Proprietà pensile e limitata.

131 La stessa suenunciata massima vale ad istruirci per ragione de' contrarj, che le parti non coerenti ad una principale, ma fra loro disgiunte, stanti da sè, seguono la sorte della loro specie: e per ciò io potrò vendicare la greggia, avvegnachè sia mescolato in essa l'ariete di un terzo, al quale sarà libero il ricuperarlo. Dissimile destino toccherebbe al braccio d'una statua di Canova appiccato ad una statua di Marchesi: il proprietario di questa seconda, al dire del g. c. Paolo (2) acquistò il braccio della prima e il g. c. Pomponio nella l. 14 del digesto lib. 34 tit. 2 ancora più chiaro decise: *Si statuam legavero et postea ex alia statua brachium ei adjecero, omnimodo statua a legatario vindicari potest.* E continua Paolo: *Se alla statua mediante saldamento si è giunto un braccio, questo si compenetra nella maggior parte* (unitate majoris partis consumi), *e fatto una volta d'altri, ancorchè si sciogliesse in pezzi* la statua, il braccio *non potrebbe tornare del primitivo padrone* ... poichè *tutta la statua sta racchiusa in un*

(1) L. 59, ff. lib. VI, tit. I.

(2) L. 23, dig. lib. VI, tit. I, al § 2 dice: *Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret; veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit, dominum ejus totius rei effeci, vereque statuam suam dicturum, plerique recte dicunt....* ed al § 5: *Item quaecumque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest.....*

solo spirito, cioè costituisce una sola specie: *quia tota statua uno spiritu continetur.*

Si è detto superiormente, che la ricordata azione reale emana dal dominio: ora si aggiunge che non si avrà minor diritto di vendicar la cosa nostra, quand'anche soggetta all'eventizia condizione di passare in proprietà d'altri sino a tanto che la eventualità giaccia pendente (1).

Abbiamo inoltre avvertito, che se taluno è proprietario in parte, gli si aspetta la vendicazione di cotal parte. E nel jus romano si riscontra l'altro dettato, che abbiasi pure a risguardare nostro l'immobile, sebbene l'usufrutto sia d'altri: per ciò che l'usufrutto vorrebbesi servitù piuttostochè dominio, come avviene d'una strada, d'un passaggio. *Nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse*: lib. 25 ff. de verb. signif. E questo accaderà della cosa mia per intero; v. g. vendicherò il suolo, dappoichè fosse ruinata la casa (2).

L'azione soprammentovata si accorda al padrone della cosa, di cui sia egli in possesso perfetto, mentre ne fosse interamente spogliato l'antecessore (3): nè si consente l'esercitarla a colui che avesse per avventura sborsato il denaro con cui venne comperata (4). Tuttavolta nel corpo del romano diritto trovansi alcuni pochi casi, nei quali apparisce conceduta a profitto di chi fece lo sborso del prezzo.

Vendicazione delle cose mobili, secondo l'odierno jure.

132 Nell'odierna giurisprudenza il proprietario di un effetto mobile non può rivendicarlo dalle mani del terzo possessore che lo acquistò in buona fede da chi non ne era il proprietario. Il C. N.

(1) L. 41 e 66 del dig. lib. 6, tit. 1 = e la l. 205 dello stesso digesto *de reg. jur.*

(2) *Meum est quod ex re mea superest; cujus vindicandi jus habeo = Solum partem esse aedium existimo*, scriveva Celso nella l. 49, dig. lib. 6, tit. 1.

(3) L. 50 del l. c.

(4) L. 6 C., lib. 3, tit. 32 *de rei vendic.* = così l'imper. Gordiano.

all'art. 2279 tenne fermo il principio che il possesso vale titolo. Il che potrebbe affermarsi conforme al cod. civ. aust. ai paragrafi 315-316-322-323. Però il successivo § 325 di questo ultimo codice dispone: *Quanto al possessore d'una cosa, di cui sia vietato il commercio, o che sembri essere stata sottratta per furto, le leggi politiche e penali determinano come sia egli obbligato a produrre il titolo del suo possesso.* Il codice napoleone al predetto articolo 2279 dispone: *Riguardo ai mobili, il possesso produce l'effetto stesso del titolo. Ciò non ostante, colui che ha perduto, o cui fu derubato qualche cosa, può ripeterla per il corso di tre anni, da computarsi dal giorno della perdita o del furto da quello presso cui si trovi; salvo a questo il regresso contro quello da cui l'ha ricevuta.* Per il jus romano non si reputavano in commercio le cose furtive: (lib. 33 princ. e § 2 diges. de usurp. et usuc.; e le istituzioni giustinianee lib. secondo, tit. 6 § 2): e le cose fuori di commercio non si prescrivevano: l. 9 e l. 45 in princ. dig. de usurp. et usuc. = e le anzidette istituzioni, ivi, § 1.

Allorchè sia seguito deposito, secondo l'art. 1926 del codice napol., il padrone che depositò un oggetto mobile in mano di un terzo, può esercitare l'azione vendicatoria di tale oggetto in confronto del medesimo depositario, non di chi l'avesse comperato. Per il codice austriaco al § 958, *col contratto di deposito il depositario non acquista la proprietà, nè il possesso, nè il diritto di usare della cosa depositata:* al successivo § 961 dichiara *obbligo del depositario di custodire la cosa affidatagli, e di restituirla al depositante:* ed al susseguente 962 *che il depositario deve restituire la cosa al depositante a sua inchiesta.*

Se la legge dee mantenere nel deposito le relazioni legali ch'essa autorizzò ed impose, parrebbe non potersi al depositario ingiungere di far la restituzione al padrone della cosa venuta in deposito, qualora la tenesse a titolo di pegno a proprio vantaggio, ma disponibile a piacimento del giudice, quando questi l'avesse commessa alla custodia di cotesto depositario, divenuto sequestratario, art. 2073-2079 del cod. napol. = lib. 37 diges. *de pign. act.* ed altre leggi romane.

Cosa mobile non pagata.

133 L'art. 2102 del cod. napol. dopo aver chiarito che il venditore di effetti mobili non pagati ha un privilegio sul prezzo dei medesimi, dove si trovino tuttora in possesso del debitore, tanto che gli abbia comperati con dilazione al pagamento o senza; se la vendita si effettui senza dilazione, il venditore può ancora rivendicarli finchè si trovano in possesso del compratore ed impedirne la rivendita, purchè l'azione vendicatoria si proponga entro otto giorni dalla fattane consegna e che gli oggetti sieno nello stato primitivo.

Non sappiamo che la legislazione austriaca abbia un simile istituto.

Bisogna essere in attualità di possesso. Azione di presentare, ad exhibendum.

134 Ci ammaestrano i giureconsulti che in questi giudizj è mestieri porre in evidenza chi sia il possessore e chi il petente; poichè a quest'ultimo solo sta il debito della prova.

Cajo ne porge un utile consiglio (1) = *Quegli,* ei dice, *che stabili di chiedere la cosa, esamini se abbia, in virtù di qualche interdetto, facoltà di conseguirne il possesso: perocchè è ben più comodo l'essere possessore per riversare sull'avversario il peso della prova di quello che domandare, mentre altri possiede.*

Tale documento mira a significare, che il proprietario si giovi dell'azione vendicatoria allorchè abbia perduta interamente la possessione della cosa immobile: ma fuori di questo caso, attentandosi di spossessare altrui di un avere, od anche solo di menomarne il totale tranquillo godimento, abbiasi per difesa a porre in campo l'azione possessoria ad essere mantenuto sicuro nel possedimento minacciato.

L'azione *ad exhibendum,* secondo il jus romano, era prepara-

(1) L. 24 dig. lib. VI, tit. I.

toria alla ricupera d'una cosa, e consisteva nel presentare l'oggetto di che trattavasi, *ut explorari possit an noster sit.* E su tale proposito scriveva Ulpiano: *est autem personalis haec actio, ut ei competit, qui in rem acturus est qualicumque actione, etiam pignoratitia, serviana, sive hypothecaria, quae creditoribus competunt* (1).

Contro chi si eserciti l'azione vendicatoria.

135 Espone Ulpiano avere alcuni giureconsulti romani opinato, che l'azione di vendicamento sia relativa a quel solo possesso che ha luogo nell'interdetto *uti possidetis*, proibitorio e consistente nel ritenere la possessione degli oggetti del suolo; o nell'altro interdetto *utrubi* relativo al possesso delle cose mobili, vale a dire l'azione vendicatoria si usa nei casi di così fatti interdetti. Parimente ivi s'insegna non promuoversi l'azione vendicatoria a fronte di chi detiene la cosa ricuperabile a titolo di deposito, di commodato, di conduzione, o ch'è in possesso per conservare i legati, o a nome della dote o del ventre pregnante, nè da colui che non ebbe cauzione del danno temuto, perchè tutti questi non posseggono. Conclude però Ulpiano, che il vendicamento possa intentarsi contro tutti i detentori che hanno la facoltà di restituire (2): e gl'imperatori Diocleziano e Massimiano decidono = *in rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit:* lib. 1 C. lib. 3, tit. 19.

E nella susseguente legge seconda, al medesimo luogo, si ordina dall'imperatore Costantino, che quegli che ritiene la cosa vendicata in nome di un altro, venendo con quest'azione citato in giudizio, debba subito dichiarare per conto di chi egli posseda, la qual legge del codice romano viene dall'annotatore Dionisio Gotofredo riassunta nelle seguenti parole = *nominare auctorem suum*

(1) L. 1, dig. lib. X, tit. IV *ad exhibendum*, e l. 3, § 3, ivi.

(2) Nella legge 9, dig. lib. 6, tit. 1, e nella l. 20 del cod. giust. libro 3, tit. 32.

debet rei alienae possessor: possessor rei alienae conventus non tantum potest, sed etiam tenetur rei dominum nominare, ut et proprio nomine conventus auctorem suum laudare.

Fatta la quale dichiarazione si stabilisce un termine perchè ei denunci la causa (vedasi il capitolo quarto del regol. aust. sul proc. civ.): e se il denunciato non si presenti al tempo prefisso, lo si cita; e se tuttavia non comparisce, l'attore viene posto in possesso, riservando all'assente di difendersi nella causa principale. = Alle quali ultime parole dell'ordinanza imperiale fa il ridetto Gotofredo il seguente commento = *Contumax privatus possessione, postea comparens eam non recuperat: auditur tamen de principali quaestione, id est de dominio actionem instituens, et sic contumaciae suae causa ex reo fit actor.*

Nell'opera di Pothier sul diritto di proprietà (1) sarebbe detto, che, eziandio giusta la pratica francese, s'intima al possessore materiale del fondo per la vendicazione del medesimo; ma quando egli dichiari non tenerlo che come affittuario o simile titolo, io sono obbligato a convenire in giudizio l'individuo additatomi per il vero possessore, col quale è solo legittima la discussione della causa. Avviata la quale in confronto di quest'ultimo, l'affittajuolo viene messo fuori di giudizio.

L'uguale procedura verrebbe applicata per il riscatto delle cose mobili.

136 Per le dottrine del diritto romano in tale materia, specialmente per la legge ultima del libro sesto, titolo primo del digesto, se il reo affermante di non possedere, venga convinto di menzogna, il giudice trasferiva il possesso della cosa a chi la domandava, *licet suam esse non adprobaverit.*

Forma della domanda. Qualità essenziali.

Innanzi tutto chi esercita un'azione reale deve descrivere la cosa, o quella parte che vuolsi far consegnare. Con questa azione

(1) Vol. II, n. 297.

non si domanda un genere, ma una specie. Le materie lavorate si denotano colla specie, le segnate col numero, le non lavorate col peso (1). Ma bisogna indicare anche la misura, se misurabili; il colorito, se abiti. E deesi sopra tutto accertare se quegli, contro cui si promuove l'azione, sia possessore od abbia dolosamente tralasciato di possedere.

È regolare la condanna, sebbene non tengasi il possesso al cominciare della lite, ma al proferirsi della sentenza, ovvero che all'emanarsi di questa l'abbia perduto con colpa o dolosamente, non per evizione (2).

Il reo impetito non ha obbligo di comprovare la proprietà della cosa richiestagli, come ha debito di dire se abbia il possesso. Si è invece caricato dalla legge l'attore di mostrarsene il padrone; nè il possessore è astretto ad enunciare il titolo pel quale possiede (3). Le quali teorie erano confermate dagl'imperatori Diocleziano e Massimiano laddove prescrissero, che, onde si condanni il reo per l'azione vendicatoria, fa mestieri che l'attore dimostri essere egli il proprietario della cosa domandata: perocchè, dicono essi imperatori, *il possessore delle cose altrui, quantunque non abbia alcun giusto titolo di ritenerle, non è obbligato di restituirle se non a quello che prova la sua domanda* (4).

A completare il presente articolo egli è mestieri ricorrere al successivo = *Prove addossate all'attore.*

Domanda vendicatoria d'un immobile.

137 Quando voglia chiedersi la restituzione d'un immobile, secondo il gius moderno, il proprietario si fa assegnare il possesso

(1) Le leggi 3, § 1 = la l. 6 = la l. 5, § 4 e 5 del digesto, lib. VI, tit. I.

(2) L. 36, dig. lib. VI, tit. 1 = l. 27, § 1, ivi = l. 58, ivi = l. 15, § 3, ivi.

(3) L. 11 C., lib. III, tit. 31, e nel digesto la l. 73, lib. VI, tit. 1.

(4) L. 28 C. *de rei vend.* lib. III, tit. 32.

del medesimo, concludendo che il reo convenuto sia condannato a rilasciarlo, come cosa di ragione dell'istante; e questi ha dovere di descrivernelo con esattezza: artic. 64 del codice francese di proc. civile.

Domanda vendicatoria di proprietà in comune.

138 Avvi un fondo in comune indiviso, posseduto da Pietro e Paolo per parti uguali: ma Pietro tiene in comune la propria metà con Cajo. Paolo non dee già chiedere il quarto a Pietro ed il quarto a Cajo del fondo anzidetto: egli non riconosce per comproprietario che Pietro; non già Pietro e Cajo. Laonde dee esercitare l'azione vendicatoria per tutta la metà contro il solo Pietro, al quale si aspetta comunione di dominio in confronto di Paolo. La comunione esistente tra Pietro e Cajo è un atto estraneo a Paolo: e quindi non potè restare spogliato quest'ultimo della parte di lui indivisa sopra il tuttó; per la quale parte debbe esso Paolo rivolgersi contro Pietro. Che se tra Pietro e Cajo fosse intervenuta una divisione, che determinasse la rispettiva loro porzione, dovrebbe Paolo indirizzarsi contro entrambi per avere la quota posseduta da ciascuno; giacchè, in ciascheduna di esse due parti, è duopo comprendervi una porzione di mia proprietà.

Vendicazione di eredità.

139 Per trattare con qualche gravità questo punto di pratica giurisprudenza, forse bisognevole di venire rimembrato ed anche dilucidato, faremo un cenno della domanda di eredità.

Chi ha jus a tutta o a parte d'una eredità, conforma la dimanda secondo il competentegli diritto. Posto che sia un terzo la quota di lui, e che l'asse ereditato abbiasi a dividere fra quattro, si chiederà in complesso a ciascuno de'quattro, e si vendicherà la terza parte di ciò che a questo titolo possiedono (1).

(1) Legge prima, § primo del digesto, lib. V, tit. 4, non che la legge sesta successiva.

Ulpiano ne istruisce, che se due posseggono una eredità, e due altri pretendono di essere eredi in parte, non è sufficiente che si faccia separatamente da ciascheduno di questi due la domanda a ciascheduno dei due possessori dell'eredità; ma amendue i petitori indirizzano la domanda a ciascuno dei due possessori; poichè ognuno di quest' ultimi tiene a titolo di erede la porzione d'ambo i pretendenti: *neque enim alter primi, alter secundi partem possidet; sed ambo utriusque pro haerede* (1). E quando mai il possessore ed il petente possedono l'eredità, ognuno di loro vantando di aver diritto alla metà, si ricercheranno rispettivamente la propria quota = *invicem petere debebunt, ut partes verum consequantur* = oppure provocheranno la divisione dell'eredità.

Se io preteso erede della metà, ne possedessi già una *terza* parte, chiederò la mia metà vantata a ciascuno dei supposti due possessori del rimanente asse; ma, essendo io tenuto a restituire la sesta parte sopra il *terzo* ch'io possedeva, dovrà il giudice ammettere d'ufficio la compensazione di questo sesto, se quelli, ai quali chieggo la eredità, sono coeredi (2).

S'io sono erede parziale congiuntamente ad altro, il quale ne compartecipi con un estraneo, a quest'ultimo dovrò soltanto rivolgere la mia dimanda perchè sia condannato a restituirmi tutto ciò che possiede, qualora il mio coerede non tenga che la sua parte (3): il quale procedere previene un giro vizioso di azioni.

Il petitore in questo giudizio chiede la sola parte di cui è erede, non le cose accessorie meramente sperate, nè di fatto aggiunte all'eredità: e contro il possessore di mala fede chiede inoltre il rimborso per gli avvantaggi negligentati, a tenore della legge 25 nel digesto libro quinto, titolo terzo, dettata da Ulpiano, assai importante, dove decidonsi parecchi casi sopra punti relativi a

(1) Così Ulpiano nella l. 1, § 2, dig. lib. V., tit 4.

(2) Legge sopra citata nel dig. lib. V, tit. 4, l. 1; § 2 al punto: *et si possessor et petitor.*

(3) Al luogo citato, l. 1, § 3.

questo argomento. Per lo che se fra più persone, fra le quali vada dessa ripartita, taluna non avesse fatto l'adizione, quelle che accettarono non possono conseguire di ciò che non venne dagli altri accettato. Se questi eredi ripudiano, potranno gli accettanti, nulla ostando, impetrare le porzioni abbandonate = *non adeuntibus autem caeteris, poterunt tunc partes eorum petere, si modo ad eos pertinerent* (1).

Lo stesso Ulpiano alla citata legge prima § 5 del digesto al libro quinto, titolo quarto, ne insegna, che *idoneis causis intervenientibus .... nequissimus est incertae partis vendicationem ei concedi.*

Dove, quando, ed a spese di chi debba restituirsi la cosa vendicata.

La cosa mobile, allorchè sia di buona fede il possessore, si restituisce nel luogo dove si trova, ovvero dove si domandò: rimanendo a carico del petente tutte le spese, tranne quelle dei viveri, che sono sostenute dal possessore, sempre che esso chiedente non preferisca di ricevere la cosa nel luogo della domanda a pericolo e spese di lui. Se sia poi di mala fede il possessore, il quale l'abbia acquistata in altro sito, ei deve renderla in quel sito medesimo: e se la sottrasse dal luogo della contestazione, ed abbiala trasportata in altro, dovrassi restituire a spese di lui colà da dove la sottrasse. In quanto al tempo, se ne fa la consegna subitamente, potendo: se no, si dee consentire una dilazione, od esigere una sicurtà per la remissione (2).

Sequestro in rivendicazione.

La legislazione francese, cioè il codice di procedura civile, stato in osservanza tra noi dal 14 ottobre 1806 insino al 31 ot-

(1) Così Cajo nella l. 2, dig. lib. V, tit. 4.

(2) Le leggi 10, 11, 12 del digesto, lib. VI, tit. 1 = non che la l. 27, § 4, ivi.

tobre 1815, portava un titolo sul sequestro per causa di rivendicazione: art. 826 all'831. Si conferiva al presidente del tribunale di prima istanza, od a chi ne faceva le veci, la facoltà di ordinarlo, delibato il merito della proprietà dell'attore, in confronto di ambo le parti, giusta la forma dei giudizj in via di sommaria esposizione; art. 806 all'811. Il sequestro per causa di rivendicazione è un atto conservatorio, assicurativo, atto preparatorio alla discussione del merito, tendente a far divenire il mobile da vendicarsi pegno giudiziale. Posto in sicuro la cosa da vendicarsi, la questione, sulla proprietà veniva agitata avanti il tribunale del domicilio del sequestrato; art. 831 cod. fran. di proc. civ. Il sequestro si praticava nelle mani del possessore, o in quelle del detentore.

La legislazione austriaca nel § 376 del regol. sul proc. civ. stabilisce il principio generico del sequestro o deposito giudiziale, e nel successivo 377, che *quando l'attore avrà contestato una cosa o ragione posseduta attualmente dal reo, e che avrà fatto constare del pericolo che la medesima in pendenza della causa possa dal reo alienarsi o lasciarsi deperire o danneggiare, esso potrà, contro obblazione d'una sufficiente cauzione pel danno contingibile al reo, domandare il sequestro;* sentita la parte convenuta unicamente sul pericolo allegato dall'attore e sull'idoneità della cauzione proposta, siccome viene statuito nell'aulico decreto del senato lombardo-veneto 28 dicembre 1826 diramate colla circolare dell'eccelso tribunale d'appello di Milano del 10 gennajo 1827.

La posteriore patente austriaca sovrana 20 novembre 1852 per simili atti di sequestrazione al § 46, a scelta dell'attore, dichiara competenti le preture anche urbane, o il giudizio cui sarebbe attribuita la decisione del merito; ed il § 51 susseguente conferisce « l'effettuazione del sequestro a quella pretura, o, ri-
» guardo agli stabili nella periferia assegnata alle città, ove risie-
» dono tribunali provinciali, a quel tribunale nel cui circondario
» è situato l'immobile. Ma se un bene immobile è situato nel cir-
» condario di più preture, l'assunzione degli atti reali spetta a

» quel tribunale provinciale, nel cui circondario queste preture si
» trovano. »

Cauzioni a pro del dispossessato.

142 Il jus romano ammette siffatte cauzioni ogni volta che concorra nel reo una ragionevolezza di esigerle dall'attore: così Labeone la ravvisa nel caso, che lo spogliato del possesso avesse dato malleveria del danno temuto: *Ipsi quoque reo cavendum esse Labeo dicit his rebus recte praestari, si forte fundi nomine damni infecti cavit;* le quali parole *di prendere con rettitudine sopra di sè nel caso che il convenuto avesse prestato cauzione pel danno temuto,* significano che lo stipulatore non avrà a risentire verun pericolo o pregiudizio per quella determinata cosa (1). Lo stesso diritto competerebbe al convenuto di esigere dall'attore una sigurtà, allorchè esso reo fosse stato chiamato in giudizio da un terzo col divisamento di spropriarlo dell'identico fondo posseduto. Rispose il giureconsulto Alfeno (2), che *il primo giudice non doveva condannare il possessore a cedere il fondo al primo petente, se non sottoponendo questi all' obbligo di prestare garanzia di prendere sopra di sè il caso di evizione* = si alter fundum evicisset, eum praestare. — *Hoc enim modo,* osserva Gotofredo, *salva res erit ei, qui ad executionem tardior venit.*

Azioni a pro del possessore cedente.

143 Il condannato a restituire può pretendere il rimborsamento di spese o somme pagate per la liberazione, conservamento e miglioranza della cosa che rilascia. La condanna al rilascio porta, qualora intervenga analoga istanza, il preventivo obbligo del chiesto rimborso.

Nel senso il più largo debbesi prendere la parola frutti, ap-

(1) L. 19, dig. lib. VI, tit. I, e la l. 71, § 1, dig. *de verb. signif.*
(2) L. 57, dig. lib. VI, tit. 1.

plicata a quelli che accompagnano la restituzione, di che ragioniamo, ed a cui il restitutore fosse condannato. Così se furono domandati vestimenti, argenteria, o effetti simiglianti, si dee computare frutto ciò che si avrebbe potuto percepire, locandoli (1): *quod, locata ea re, mercedis nomine capi potuerit.* Che sarà se si vendica l' usufrutto o la nuda proprietà di una cosa, il cui usufrutto appartenga ad un terzo? Una nuda proprietà non dà frutti; nè si danno frutti di un usufrutto. Laonde nel romano diritto fu accolto il dettato di condannare nei frutti percepiti: *si usufructus petitus sit, in fructus perceptos condemnari.* Che se fu richiesto il jus di passaggio, non si sa a quali frutti possa ridursi; « qualora » non si risguardi quale frutto il beneficio, che si avrebbe ritratto » da tal passaggio, nè, se dal momento ch' esso fece la domanda, » più non gli fosse stato impedito. Questo dev' essere ammesso. » Di tale avviso è la succitata legge diciannovesima del digesto, libro ventidue, titolo primo.

A tutto ciò giova aggiungere quell' insegnamento di Papiniano (2); *egli è certo, trattandosi di vendicazione,* (cum in rem agitur) *che si debbono restituire i frutti anche di quelle cose che non danno frutto, ma che servono al solo uso:* id est, quae usu consumuntur; giusta la glosa di Dionisio Gotofredo: vale a dire quelle cose, secondo Pothier, *che consistono nell' utilità o comodo che si ha dall'uso della cosa, benchè non sieno frutti propriamente detti, che le cose producano naturalmente:* quamvis non sint fructus proprie dicti quos res naturaliter gignunt (3).

Nè è da dimenticarsi che fra gli utili, cui il petente potrebbe percepire dalle cose, che gli si restituisce, vi si comprende la facoltà di chiedere denaro, dando in pegno la cosa stessa; poichè *fructus rei est, vel pignori dare licere* (4): non che qualunque

(1) L. 19, dig. lib. 22, tit. 1.
(2) L. 64, dig. lib. 6, tit. 1.
(3) Pothier, le Pandette lib. VI, tit. I, nota n. 1 al XXXVI.
(4) Legge finale del digesto *de usuris,* e la l. 72 *de reg. jur.*

provento, e per conseguenza i parti ed i frutti dei parti (1). Ma in pari tempo si avverta non computarsi per proventi la caccia *nisi fructus fundi ex venatione constet* (2): nè i frutti pendenti e restituiti colla cosa in quanto si considerano come parte del fondo: *fructus pendentes, pars fundi videntur* (3).

Il jus romano segnava inoltre una differenza tra le cose percette prima che fosse accettato il giudizio, e quelle dopo. Queste deve il giudice farle restituire d'ufficio: quelle non si restituiscono se non furono domandate: così il Pothier nelle Pandette (4): p. e. dice la l. 10 ff. *de usuris:* « Il possessore dee restituire il » parto nato dopo la contestazione della lite, cui non avrebbe » dovuto restituire, se, quando fu fatta la domanda per avere la » madre, fosse già nato; qualora anche per ciò non fosse stata » fatta speciale domanda. »

Qui giova richiamare l'altra regola di giurisprudenza comune, che se per colpa del possessore fosse perita la cosa ricercata, si debbono calcolare i frutti al tempo della sentenza: *id est, ad rei judicandae tempus.* Non così se la cosa avesse ugualmente dovuto perire presso il petente. Veggasi su tale argomento quanto scrisse il dottissimo Pothier (5): il quale inoltre ne porge monizione, all' appoggio della legge terza, parag. primo del digesto, lib. 6, tit. 1, che *rei petitae instrumentum hoc judicio non aliter restituendum venit quam si ipsum petitum fuerit* (6).

Azioni reciproche tra chi vendica e chi restituisce.

144 Avviene talora, che il chiedente rilascio di un podere non possa conseguirlo, quando non rifonda certe somme al possessore cedente. Ciò si verifica nel caso, secondo il dettato di Papinia-

(1) L. 17, § 2 dig., lib. VI, tit. 1.
(2) Dig. l. 36 *de usuris.*
(3) L. 44 dig., lib. 6, tit. 1.
(4) Lib. VI, tit. 1 *de rei vendic.* n. XXXIX.
(5) Nelle sue pandette lib. VI, tit. 1, n. XLI.
(6) Poth. loco citato, n. XLII.

no (1), di un fondo che vuolsi rivendicare, stato assegnato in pegno, e per liberare il quale il posseditore del medesimo fondo avesse sborsato il valsente al creditore ipotecario.

Riguardo agl' interessi, il petente deve al possessore i vecchi, cioè i decorsi prima del riscatto del pegno, e che esso possessore pagò al creditore insieme al capitale: i nuovi, vale a dire quelli dal giorno in poi dello scioglimento dell' ipoteca, sono dovuti al possessore, subingresso al luogo del creditore soddisfatto.

Un simil rimborso da farsi al possessore aggrava il ricuperatore di una cosa, alla quale per prevalenza si è aggiunto un accessorio, il cui prezzo si pagò dal possessore medesimo (2).

Rapporteremo per ultimo quella sentenza dello stesso giureconsulto Paolo (3): *Se il possessore fece delle spese, prima della istituzione della lite, per la cosa richiesta, e l'attore persista nella ricerca, senza volerlo rimborsare delle spese, il possessore ve lo potrà costringere coll'eccezione del dolo malo* = per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet.

Circa al pagamento per riscattare il pegno o delle spese necessarie, ciò che si è detto ottiene la sua esecuzione, sia di buona, sia di mala fede il possesso. Circa alle spese utili, la giurisprudenza varia secondo la condizione dei possessori (4): e puossi anche lasciare portar via ciò che sia trasportabile.

In quanto al rimborsamento del prezzo pagato per l'acquisto di una cosa furtiva, è nota la decisione di Severo ed Antonino: *Contro i principj del diritto voi pretendete di non soggiacere al restituimento delle cose riconosciute furtive, prima che ne venga dai proprietarj ritornato il prezzo. Abbiate cura di negoziare più cautamente* (5).

(1) L. 65 dig., lib. VI, tit. 1. = L. 28 dig., lib. 13, tit. 7. = L. 2 dig., lib. 20, tit. 6.

(2) Così decide Paolo nella l. 23, § 4 dig., lib. VI, tit. 1.

(3) L. 27, § 5 dig., lib. VI, tit. 1.

(4) L. 38 dig., lib. VI, tit. 1. = L. 27, § finale, ivi.

(5) L. 2 C. *de furtis.*

Intorno alle speserie sostenute dal possessore di buona fede, non gli si concedeva presso i romani azione d'inchiederne il riscotimento; ma soltanto la ritenzione del loro importare, se eccedesse il valore dei frutti da lui percetti prima dell'introduzione della causa; posciachè, ammessa la compensazione, il soprappiù delle spese, che hanno migliorato il fondo, dee dal proprietario essere restituito (1).

Per siffatte operazioni a miglioramento o conservazione, si dovrebbe, secondo la moderna giurisprudenza, attribuire l'azione utile della gestione di affari, la quale si consente a chi amministra l'affare altrui, credendolo appropriato e vantaggioso. Tale giurisprudenza è quella del codice civile austriaco al § 1037 e seguenti; e del codice napoleone al capo dei *quasi-contratti*, agli articoli 1372-1375.

Della vendicazione della parte di una cosa.

145 Cajo ne addottrina, che tutto quanto si è esposto in questo titolo di rivendicazione della cosa intera, si debbe intendere applicabile eziandio ad una parte. Sta al giudice, ordinando la restituzione d'una parte, di ordinare simultaneamente la restituzione, come parte, di tutto ciò che n'è accessorio: *pro modo partis ea quoque restitui jubere, quae simul cum ipsa parte restitui debent* (2).

Effetti della vendicazione in corso.

146 Allorchè il convenuto si riconobbe possessore dello stabile domandato, resta a farsi la decisione dietro l'esame dei rispettivi titoli dei contendenti. Se quei prodotti dall'attore sono insufficienti a dimostrarlo proprietario, il convenuto è dispensato dal produrne egli stesso.

(1) L. 48 dig., lib. VI, tit. 1.
(2) L. 76 dig., lib. VI, tit. 1.

Il godimento di quest' ultimo non va interrotto, durante la procedura; e l' attore può solamente impedire colle vie giudiziali ogni deterioramento, v. g. facendo destinare un sequestratario.

La domanda di entrare in possesso di una rendita non dee fare impedimento, che il possessore goda dei contributi annui, mentre agitasi la causa. Il petente può solo fermare il capitale nelle mani del debitore della rendita predetta, affinchè, secondo i casi, non abbia ad annuire al riscatto se non in concorrenza dell' attore, e che le pensioni rimangano insolute sino all' esito dell' invocato giudizio.

Prove addossate all' attore.

147 Quando l'oggetto da rivendicarsi fosse una rendita, v. g. una rendita perpetua (art. 530 del C. N.) stabilita in corrispondenza del prezzo d' un immobile venduto, o come condizion di cessione di beni immobili, ovvero (parag. 1122, 1123 del C. C. A.) una contribuzione per fitto ereditario, od enfiteutico, o di censo fondiario (§ 1125 C. A.) o del censo consegnativo, giusta la bolla piana, acquistato in correlazione ad un ceduto immobile fruttifero, in allora contro il possessore di una di cotali rendite, portante sborsatura di contributo annuale, s' insinua citazione, disegnando la rendita che chiede l' attore, additata per la somma annua che frutta, come per li nomi dei debitori.

I titoli, che l' attore allegherebbe in petizione, dovrebbero consistere negl' identici agli occorrenti per trasmettere dall' una all' altra persona la proprietà d' un immobile o d' una rendita; verbigrazia il contratto, mercè cui l' istante comprova che egli od i suoi autori acquistarono la possessione o la rendita dimandata, avanti che il reo convenuto cominciasse il suo possesso. Similmente la produzione d' un atto di donazione, di compra, di permuta, di ultima volontà, di divisione, mediante i quali la cosa che si vendica aspettava all' attore od agli autori di lui.

Se il possessore della cosa può mettere in chiaro, che il suo possesso è anteriore al titolo dall' attore insinuato a fondamento

dell'istanza in vendicazione, così fatto titolo non sarà bastevole per guadagnare la causa, quando bene l'attore stesso non lo afforzi d'altri documenti più antichi provanti, che la persona che gli tramandò l'oggetto contestato ne era il vero padrone; perocchè è patente non potersi acquistare da chi non possegga legittimamente. Il possessore, anche per questa sola qualità, si presume proprietario, a differenza del donante o venditore, il quale non possedeva la cosa, e dal cui diritto non potete ritrarre illazione veruna a favore vostro. Ma allorchè il documento da voi presentato è precedente al possesso cui impugnate, basta desso solo a far presumere possessore e proprietario colui, che passò a voi la sostanza donata o venduta.

ARTICOLO XIV.

Possessore e detentore.

Non sarà senza pratico frutto nel foro il tenersi sempre sull'avviso circa la differenza tra l'atto di possesso e la semplice detenzione.

148 Possesso è la ritenzione di una cosa che si trova in nostro potere materiale; ma coll'animo di averla siccome nostra.

La detenzione è la mera occupazione o l'uso di una cosa corporale o incorporale, fatta astrazione dal proposito che sia di nostra proprietà intera. È cosa di fatto corporale, non di diritto.

149 Così il codice civile austriaco al § 309 assai acconciamente diede la seguente definizione: *Quegli che ha una cosa in suo potere o in sicura sua custodia, si chiama detentore della cosa medesima. È possessore chi la tiene con animo di averla come propria.*

150 È detentore colui che la trattiene non per sè, ma per altri, come il depositario, il comodatario, i coloni, gl'inquilini: tutti cotestoro possedono la cosa non per conto proprio, ma del vero proprietario. E conseguentemente si ha a risguardare per detentore colui che la serba in custodia per ordine del magistrato o per la conservazione della cosa, o come tenente luogo di cauzione per

un danno futuro, o di eredi nascituri: in tutti questi e in simili casi, secondo la sentenza di Pomponio, *noi non possediamo, ma ci viene piuttosto concessa la custodia e la conservazione della cosa* (1). Si denota tale atto, nel linguaggio giuridico, piuttosto che col verbo *possedere* colla dizione di *essere in possesso.* Così Ulpiano (2) ragionando intorno al giudizio di dividere cose comuni, cioè pertinenti in proprietà dei dividenti, dichiara: *neque coloni, neque eis qui depositum susceperunt, hoc judicium competit, quamvis naturaliter possideant.* A cui Dionisio Gotofredo aggiunge la glossa: *coloni, inquilini et depositarii naturaliter possident et licet sint in praedio,* non possident tamen.

151 Il possesso o il diritto che ha il padrone di possedere, vedesi talvolta separato da un'attuale detenzione che non può declinarsi; siccome avviene nel caso che un alienante si riservi per un certo tempo il godimento dell'alienato podere, o che questo sia soggetto ad usufrutto od a pegno. Però cotale ritenzione non è un vero possesso: *mais c'est seulement,* scrive Domat, *un droit de tenir la chose pour l'usage qui peut avoir été accordé à ces détenteurs* (3).

ARTICOLO XV.

Possesso naturale e civile.

152 Al possesso naturale corrisponde in senso filologico la detenzione; come al possesso vero in senso giuridico, il possesso civile.

Possessio corpore consistens est naturalis possessio = *legiti-*

(1) L. 3, § fin. dig. lib. 41, tit. 2. L. 12 dig. lib. 42, tit. 4, dove dice Pomponio = *non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit.*

Vedi inoltre le Pandette del Pothier libro 41, tit. 2, articolo II, § 3, n. X.

(2) Nella l. 7, § 11 dig. *communi dividundo* lib. 10, tit. 3.

(3) *Loix civiles,* liv. III, tit. VII, sect. I, n. XIV.

ma dicitur, quae defenditur legibus et interdictis possessoriis: così diffiniva questa duplice ragione del possesso naturale e civile ossia legittimo il celebre giureconsulto Dionisio Gotofredo comentando una legge dell' imperator Costantino (1).

153 Il dominio delle cose, come avvisammo all' articolo: *Possesso in genere*, art. III, ebbe cominciamento dal possesso naturale, appellato da Teofilo dominio *bonitario*, quando acquistato con modi naturali soltanto, e non legittimamente formali: e consisteva nella occupazione ed uso effettivo corporale della cosa.

154 Nel corpo del romano diritto distinguevasi il dominio *bonitario*, dall' avere *un possesso nei beni*, sui quali non tenghiamo nessun gius di dominio. Scriveva Modestino (2) = *Intendesi avere una cosa nei nostri beni ognivolta che, possedendola, abbiamo una eccezione per ritenerla; o, perdendola, un'azione per ricuperarla.* Nel primo caso, spiegano i giureconsulti, l'eccezione è giovativa a tenere la cosa fino a che siamo rimborsati delle spese da noi sostenute: il secondo caso, ivi contemplato, è riferibile all'eventuale esercizio dell'azione *pubbliciana* (Vedi l'articolo = *Di più possessi e dell' azione pubbliciana*) fondata sull'assioma, *rem habet, qui actionem ad eam recuperandam habet.* L'*eccezione*, risguarda la tutela della cosa: l'*azione*, il riaverla, *quod peti potest* (3).

155 Per l'esposizione di coteste dottrine si manifesta, che il possesso *bonitario*, o naturale, reca per marchio distintivo la detenzione della cosa, non con titolo di proprietà, ma senza alcun titolo di dominio, o con titolo proibito.

156 Cotale proibizione non distrugge il fatto del possesso naturale: malgrado il divieto della legge, sussiste il fatto fisico del possesso. Gli stessi usurpatori sono nel possesso naturale. Ed ugualmente perciò lo sono i possessori con titolo infetto di mala

(1) La l. 10 C, libro VII, titolo 32, la quale dice: *Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae jure consistit; aliam, quae corpore: utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio, et taciturnitate firmatur.*

(2) L. 52 digesto lib. 41, tit. 1.

(3) L. 143 dig. libro 50, tit. 16.

fede, allorchè il possessore acquistava da chi non poteva alienare. È pure possesso naturale il fondato su titolo nullo, ovvero su titolo valido, ma non atto a trasmettere la proprietà, come il detentore d'un pegno, l'usufruttuario, il sequestratario, chi gode a titolo precario.

157 Avvertasi che nei preaccennati casi cessa il possesso naturale per convertirsi in civile, quando abbia durato tale intervallo di tempo colle concomitanti condizioni da far presumere un titolo originante la usucapione.

Io avventuro colla clausola suesposta siffatto avviso, indottovi dalla suprema utilità di assicurare i lunghi possessi, senza però tacere che altri giuristi ravvisano quali ostacoli perpetui ad usucapire i sopra menzionati, fra quali scrittori a causa di onore addito Guyot collaboratore del famoso repertorio di giurisprudenza del conte Merlin.

158 Il possesso civile poi vien diffinito: la detenzione con animo di avere il dominio. Sono in possesso civile coloro che vi seggono con giusto titolo, vale a dire abile a trasferire il dominio, per compra, donazione, eredità e simili; in fine per qualunque causa traslativa di dominio, la quale si appella *pro suo*, allorchè non venga disegnata con nome proprio peculiare (1).

159 Non si riscontrano giammai le condizioni del possesso civile, laddove intervenga mala fede, titolo nullo, come saria un dono fatto in contraffazione alla legge, titolo valido per la forma, ma di natura non traslativo della proprietà.

160 Secondo le varie legislazioni, il titolo giusto si desume o si perfeziona col solo consenso, ovvero colla tradizione da eseguirsi da chi ha diritto di alienare la cosa (2). Il codice civ. aust. al § 425 impone in genere la *legittima consegna e ricevimento* per

(1) L. 3, § 21 dig. lib. 41, tit. 2.

(2) Parlano della tradizione le seguenti leggi romane, fra molte altre = L. 5, 11, 33 ,libro 41, tit. 2 dig. L. 9, § 3, 20, 31, lib. 41, tit. 1 digesto.

compiere l'acquisto, a differenza del codice napoleone art. 711-938-1138-1583. Vedasi il chiarissimo *Basevi* nei commenti al codice aust. § 425.

ARTICOLO XVI.

Giusto titolo di possedere.

161 Non basta un lungo tempo per prescrivere ed usucapire, ma vi si richiede un giusto titolo; ed è titolo la causa del possesso.

162 Il titolo o la causa del possesso vuolsi fondata nella ragione del diritto; ed il diritto ne determina le condizioni.

163 Varie sono le denominazioni legali dei titoli, ossia degli atti stabilitori dei diritti e della qualità loro.

Il titolo *autentico* emana da un pubblico ufficiale: l'*esecutivo*, quello che trae seco l'esecuzione contro l'obbligato. Il titolo *colorato* è quello con sembiante legittimo ed apparenza di buona fede, sebbene insufficiente a trasfonder da solo la proprietà. Titolo *vizioso* è il mancante di forme estrinseche, v. g. della firma necessaria, o vuoto d'intrinseco valore, come una donazione non accettata: o quello talmente difettoso, che la medesima persona che tenta giovarsene non poteva andarne ignara, nè con esso acquistare in buona fede per usucapione, qual sarebbe il godimento di un conduttore in affitto. È adagio forense, possibile l'usucapire senza titolo, non per titolo vizioso.

164 La giurisprudenza distingue inoltre i titoli *gratuiti*, privi di contraccambio, *onerosi* con contraccambio: i *lucrativi*, riferendosi alla derivazione dell'acquisto, e quindi appellansi in genere *titoli lucrativi* piuttosto che atti lucrativi. Così il legato è titolo lucrativo, non già denominasi lucrativo il testamento che lo dispone. Vi sono per ultimo i titoli *universali*, *particolari* ed i *nuovi*. Titolo nuovo è la rifazione di un antico.

165 Il possesso, essendo nei rapporti legali un accostamento al dominio di una cosa, gli è consentaneo alla ragionevolezza, che le condizioni dal jus imposte al possedere, coincidano con quelle

conducenti all'acquisizione del dominio stesso. Per la qual cosa le leggi che si propongono di denotare all'uomo vivente in società i modi, da esse trascelti per acconci al conseguimento del dominio, ossia della proprietà delle cose, prefiniscono le predette condizioni per legittimarla. Sono cotesti mezzi che appelliamo titoli, gl'indicati a trasferire la proprietà dipendenti dal consenso degli uomini o dalla volontà della legge.

166 Da tali premesse ne scaturisce il legislatorio precetto degl'imperatori Diocleziano e Massimiano (1). = *Un possesso ingiusto o riprovato non può attribuire alcun fermo titolo al possidente. Laonde colui, che entrò nel vacuo possesso del fondo altrui, senza il consentimento del padrone, o di chi avesse la podestà di agire per lui, non potè certamente acquistare una giusta cagione di possedere.* Dal che i legislatori summentovati ne dedussero, che un consenso prestato per errore, non trasferisce dominio (2).

167 Corollario I. pertanto sarà, che non si può usucapire una cosa per averne ottenuto il possesso in buona fede, non compiendo fondamento di titolo l'averla comperata o ricevuta in dono od in legato, se non dopo trascorso il tempo dell'usucapione stabilito dalla legge positiva o realmente soddisfatto il prezzo.

168 Corollario II. Nello stesso diritto romano (3) leggiamo una modificazione equitativa allo insegnamento surriferito, mercè la quale viene ammessa l'usucapione allora quando eziandió si avesse erroneamente pensato di essere vero proprietario della cosa usucatta, purchè concorra un motivo giustificabile l'incorso errore. Tra le altre emergenze è scusabile l'ignoranza di un fatto non da noi dipendente: *in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*

169 Corollario III. Per giusto titolo si reputa quello in virtù del quale si possiede, come proprio, un oggetto trasferito in dominio per causa perpetua ed idonea, sia lucrativa, sia onerosa.

(1) L. 7 *de adquirenda et retinenda possessione*, C. libro VII, titolo 32.

(2) L. 22 C. lib. 3, tit. 36 *familiae erciscundae.*

(3) L. 5, § 1 dig. lib. 41, tit. 10, *pro suo.*

Corollario IV. Non distrugge l'avvenuta usucapione l'essere tenuto a restituire la cosa per qualche altra azione personale (1).

Corollario V. Non è titolo giusto il possedere la cosa, per diritto bensì, ma come cosa d'altri (2).

Corollario VI. Non è possedere l'essere posti in possesso per meramente conservare la cosa; è detenzione (3).

170 Corollario VII. Un titolo invalido non è titolo giusto (4). Una carta in riscontro della legge nulla, non produce effetto: ma vale, laddove venga convalidata in giudizio, od altrimenti (5).

Corollario VIII. Non si reputa cominciato il possesso a titolo giusto fino a che il titolo è sospeso da una condizione; v. g. se una vendita venne stipulata sotto una condizione ancora pendente; ancorchè si credesse fosse già adempita. Ma comincia l'usucapione, allorchè la condizione sia compiuta, sebbene s'ignori; dappoi che *potius substantiam intuetur quam opinionem* (6).

171 Corollario IX. Il titolo non è più giusto, qualora siasi can-

(1) *Se io t' incarico di comperare un fondo, e te ne venne fatta per tal causa la tradizione, tu lo acquisti mediante il lungo possesso; benchè si possa considerare possederlo tu non come tuo: poichè nulla monta che tu sii obbligato verso di me coll'azione di mandato* = così la legge 13, § 2 dig. lib. 41, tit. 3.

(2) *Pignori rem acceptam usu capimus, quia pro alieno possidemus:* la legge 13 dig. lib. 41, tit. 3 = e la l. 8 C. *de usuf.*

(3) L. 8 C. lib. 7, tit. 72.

(4) L. 8 C. lib. 7, tit. 33, *de praescrip. long. temp.* = L. 6, ivi.

(5) L. 24 dig. lib. 24, tit. 1. Dice questa legge = *Se un uomo ed una donna si donarono prima di maritarsi, e prima dell' usucapione consumata si maritarono, ovvero al contrario, se una donazione si fece tra conjugi, e prima che fosse compiuto il termine, si sciogliesse il matrimonio, la prescrizione avrà tuttavia luogo; perchè nel primo caso si eseguì la tradizione senza vizio; nel secondo il vizio fu tolto.*

(6) L. 2 dig. lib. 41, tit. 9, *pro dote* = legge 2, § 2 dig. lib. 41, tit. 4, *pro emp.* Questa stessa legge al § 4 pone dei dubbi se il titolo venga sospeso dalla condizione, ed esamina se questa sia una condizione, od una convenzione. Ove sia convenzione, la vendita sarà risolta.

giata la causa del possesso (1). Non è approvabile tale mutazione.

172 Corollario X. Sta il giusto titolo, avvegnachè siavi altra prova per dimostrarlo diversa dai documenti scritti; nè la perdita di questi, nè l'altrui malvagità, scemano gli effetti del lungo possesso (2).

173 Corollario XI. Quegli che riceve una cosa a causa di debito altrui, l'acquista per usucapione a titolo di pagamento. E non solamente ciò ch' è dovuto, ma tutto ciò eziandio che si pagò per debito, mercè così fatto titolo, si può usucapire (3). Appellasi titolo *pro soluto*.

174 Collorario XII. In generale, onde regga il titolo *pro soluto*, dee esistere un debito, perchè non potrei usucapire ciò che mi pagasti, conoscendo che non mi era dovuto. Ma la tradizione stessa per una causa, ch'io credo vera, basta a farmi possedere, come mia, la cosa consegnatami (4). Si richiede però che l' uomo soddisfatto abbia ragione probabile di riputarsi creditore. Se il consegnante sapeva di nulla dovere, *donare potius quam indebitum fundum solvere intelligendus est* (5).

175 Corollario XIII. « Se pensando io d'esserti debitore, ti feci » consegna d'una cosa, l'usucapione corre soltanto, ove tu creda » esserti dovuta. Altrimenti avviene qualora io estimi doverti dare » in causa di compra e vendita. In tal caso se la compra non ha » preceduto il pagamento, l'usucapione non ha luogo per il com» pratore. La ragione della diversità consiste in questo, che in » qualunque altro caso si guarda al tempo del pagamento; e poco » monta che all'istante della stipulazione io fossi consapevole che

(1) L. 6 dig. lib. 41, tit. 4, *pro emptore* = Leg. 19, lib. 41, tit. 2 del dig. = Domat. *leg. civ.* lib. 3, tit. 7, sez. 5, n. 12.

(2) L. 7, C. lib. 7, tit. 33. L. 1 C. lib. 7, tit. 34.

(3) Così il giureconsulto Ermogeniano nella l. 46 digesto lib. 41, titolo 3.

(4) L. 3 dig., lib. 41, tit. decimo, *pro suo*.

(5) L. 7, § 2 dig. lib. 41, tit. 4, *pro emptore*.

» la cosa appartenga ad altri, o no, bastando ch'io l'abbia cre-
» duta mia al tempo del pagamento; laddove, nel caso della ven-
» dita, si considera tanto il tempo del contratto quanto il tempo del
» pagamento » = *Nec potest pro emptore usucapere, qui non emit: nec pro soluto sic ut in caeteris contractibus* (1).

176 Corollario XIV. La causa dell'assegno in pagamento e l'altra affine di cessione, si prestano all' usucapione (2).

Ma per l'usucapione non basta il giusto titolo corroborato dal possesso; vi si richiede il possesso di buona fede.

177 Insegna il romano diritto essere distinta la causa del possesso da quella dell'usucapione: così si può aver comperato, e quindi si può possedere a giusto titolo, ma con mala fede; il che accade allorchè si acquista da persona che sapevasi non proprietaria della cosa venduta (3).

178 Il cod. napol. all'art. 2262 prescrive tutte le azioni reali e personali col decorso di trent' anni senza obbligo di esibire un titolo, e senza che gli si possa opporre l'eccezione derivante da mala fede. Il cod. civ. aust. al § 1460 oltre la capacità della persona e dell'oggetto, richiede che la cosa o il diritto siano realmente posseduti da chi divisava di acquistarli mediante l'usucapione; e che il possesso sia giusto, di buona fede, non vizioso e continuato per tutto il tempo determinato della legge.

Si tratta in articoli a parte della buona e mala fede.

(1) Così il g. c. Paolo nella l. 48 dig. lib. 41, tit. 3.

(2) Alla legge 33, § 3 dig. lib. 41, tit. 3, dice Giuliano — *Se Tizio dal quale io volea rivendicare un fondo, me ne cedette il possesso, io ne avrò giusta causa di usucapirlo: ugualmente se colui del quale io voleva ripetere un fondo mi fece la cessione del possesso per darmi pagamento, ciò basta perchè il fondo diventi mio pel trascorrimento del lungo tempo.*

(3) L. 2, § 1 dig. lib. 41, tit. 4.

ARTICOLO XVII.

Uso di famigliarità e di tolleranza.

179 « La famigliarità è una specie di precario tacito. Gli atti, che » ne derivano, suppongono un consenso non espresso, ma senza » veruna conseguenza; e per ciò non conferiscono, nè diritto, nè » possesso; perocchè la persona, sotto l'influenza del cui bene» placito si sono effettuati, resta ognora in facoltà di farli cessa» re (1). »

180 Il codice napoleone all'art. 2232 disponeva = *Gli atti meramente facoltativi* e quelli di *semplice tolleranza non possono servire di fondamento nè per il possesso nè per la prescrizione.* E in vero chi esercita simili atti dall'uso ammessi, ad arbitrio praticabili, non intende già di essere padrone di esigerli: chi li tollera, di consentirne una perenne concessione. Se ad opere simili si annettessero effetti diversi, cioè virtù di spossessare e pregiudicare, frapporrebbesi un ostacolo all'esercizio di mutui uffici amichevoli: sarebbe una legge positiva immorale quella che alla eventualità di patire discapito assoggettasse colui che si presta ad un'azione od ommissione consigliata dall'umanità o dalla sociale cortesia. L'uomo abbisogna del soccorso dell'uomo.

181 La giurisprudenza ne apprende, che le servitù non si presumono giammai. Quindi non si vuole gravata la proprietà del vicino, quando abbia questi tollerato uno di cotesti atti di confidenziale amicizia. È sentenza di un gran giurista, che le azioni di amorevolezza e di urbanità non impongono servitù, e che la servitù si dee provarla da chi l'allega (2).

(1) Così Merlin nel suo *Repert. univers.* alla voce *Préscription*, sez. I, § VI, art. V.

Vedasi inoltre il Romagnosi, *Condotta delle acque*; Parte I, lib. II, capo II, sezione I, § 8, volume III.

(2) Vedasi il *Dottor volgare* del cardinale *Deluca*, lib. IV, cap. XI.

182 Queste dottrine legali scaturiscono dal romano diritto, dove leggesi quella decisione di Paolo = *Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere: quia non* eo animo *ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit* (1). Non torneria al caso teoretico nostro cotesta disposizione, qualora venisse comprovato quell'ingresso fornito dei caratteri di una vera padronanza.

183 Il codice civile austriaco al § 345 statuisce, però meno esplicitamente, una eguale teoria esclusiva del possesso nella persona che s'industria di *cambiare in diritto perpetuo ciò che gli è conceduto soltanto per favore.* Tale disponimento si accorda col successivo § 974, ove pel comodato (il quale, applicandosi alle cose *non fungibili*, § 971 c. c. a., comprende anco gl'immobili) si prescrive = *se non fu determinata la durata, nè il fine dell'uso conceduto, non avvi un vero contratto, ma un precario; e chi ha conceduto ad altri la cosa, può ripeterla quando gli piace.* Dal che si arguisce la volontà dell'austriaco legislatore di pareggiare al precario tacito il comodato nelle condizioni suesposte.

184 La prestanza ad uso ossia comodato, quale sarebbe nell'allegato paragrafo definito dal codice austriaco, si risolverebbe in un atto di famigliarità e tolleranza conforme alla sopra riferita giurisprudenza francese e romana: atto equivalente ad un tacito precario rivocabile a piacere del concedente.

185 Questo mio ragionare trova appoggio nel seguente passo di Domat (2): *Le precaire est la même espèce de convention que le prêt à usage, avec cette difference qui on y met dans le droit romain, qu'au lieu que le prêt à usage est pour un tems proportionné au besoin de celui qui emprunte, ou même pour un certain tems réglé par la convention, le precaire est indéfini et ne dure qu'autant qu'il plait à celui qui prête.*

186 Dalle cose sovraccennate dee dedursi il teorema, che simili azioni positive o negative, denominate atti, ovvero esercizi di fa-

(1) L. 41 dig. libro 41, tit. 2.

(2) *Loix civiles*, liv. I, titre V, *Du prest à usage, et du précaire.*

migliarità e di tolleranza, in retto senso ed aggiustata dottrina legale, non possono giammai privare nè scemare del dominio a chi ne è in possesso; nè per converso costituire un diritto, un possesso, un vantaggio qualunque siasi alla persona, o individuo o corpo morale, che ne abbia usato per qualsivoglia lunghezza di tempo.

187 Quest'ultima espressione servirebbe di risposta al quesito, se ad attribuire alcun diritto non riuscisse fruttuoso nemmeno il decorrimento della prescrizione od usucapione centenaria.

188 Si aggiunge a più risoluta decisione del quesito, che neppure la immemorabile, la prescrizione che non ha termine prefisso dalla legge, più o meno lunga secondo le circostanze; la prescrizione fondata su fatti, de' quali nessun uomo vivente potrebbe testimoniare di aver veduto il cominciamento, dei quali però tiene la tradizione da racconto di vecchi, non mai contraddetta da testimonj oculari.

189 Si domanda se possa privilegiarsi della qualità d'immemorabile il possesso che spunti ed apparisca da termini, da iscrizioni, da atti e memorie antiche, il cui principio è notato in cotesti medesimi monumenti. Rispondono i dottori affermativamente, giacchè ogni evento ha una origine, la quale, per non potersi capire nè conservare nella memoria, basta che travalichi la ricordanza dei viventi, sì riguardo a ciò che videro eglino stessi, che riguardo a quanto udirono dai loro maggiori: purchè, secondo Dunod e Molina, sorpassi i cento anni. La legge romana, dettata da Labeone, 28 del digesto, libro ventidue, titolo terzo, rafforza tali insegnamenti (1). Ivi dicesi, che si reputa stata anticamente effettuata

(1) Rapportiamo per comodità il testo della legge voltato in italiano = *Quando l'arbitro,* scrive il romano giurista, *abbia a considerare se esista memoria di un fatto lavoro, ei deve far ricerca se taluno tuttora commemori l'esecuzione di quel fatto: Paolo disse, doversi investigare se esista memoria, o no, di quel compiuto fatto; nè si cerca se alcuno rimembri in qual giorno, e sotto qual console siasi effettuato: bensì se si presenti alla ricordazione di alcuno il come possa dimostrarsi il tempo in cui avvenne;* (quando id opus fa-

un'opera, qualora intervenga taluno ad attestare d'avere egli veduto l'opera medesima, ovvero di avere udito confermarne l'esistenza da individui, che la videro eglino stessi o il sentirono da alcuno che era stato udiente della sussistente costruzione di essa: e per converso si presume non avere esistito, ogni volta che una voce generalmente corra, non esservi vivente, il quale abbia visto o sentito chicchessia accertare l'esistenza del fatto occorso. *Ita memoria probatur per auditum auditus: memoriam non extare, per communem opinionem probatur.* Lo stesso Labeone, ci fa fede Paolo nella l. 2 § 8 digesto libro 39 titolo 3, disse = Allora che si fa indagine se sia fondata la ricordanza di un lavoro, non s'indaga già l'anno ed il giorno appuntino *(ad liquidum exquirendum)*; ma è sufficiente il sapere essersi eseguita; vale a dire che non v'ha dubbio essere stata fatta: *si factum esse non ambigatur.* Nè è necessario che sopravvivano le persone che ne sono ricordevoli, bastando che siano in vita coloro, che lo intesèro affermare da quelli che il rammentavano.

190 Insegna la scienza del diritto accadere alcuna rara volta, che un atto di famigliarità o tolleranza forma una possessione immemorabile congiunta con certa qual ragione apparente, o congettura probabile cavata dai tempi, dai luoghi, dalle persone o dalla natura delle cose. Qualche signore ha per costume di dare ricetto ed ospitalità, ovvero di riceverla in monastero a certe festività annuali. Se tale usanza sia immemorabile, o quand'anche, sendo meno lunga, manifestasse alcun carattere indicativo d'un diritto acquistato dal signore, sarà allora certo non doversi accagionare di famigliarità, e doversi considerare, o come condizione del fondato monastero, o come ricompensa della protezione compartita ai religiosi. Si

cium sit). *Perciocchè non si potrebbe risovvenirsi dell'anno che ebbe luogo il fatto, mentre a niuno venga in mente sotto quali consoli siasi veduto. Ma se l'opinione generale tenga non essersi nè udito, nè visto quando sia seguito il fatto, nè che alcuno affermi avere ciò veduto od udito, e che indietreggiando* (rursum versum) *così all'infinito non s'incontri rimembranza: allora può asseverarsi non essere manifesto il fatto.*

agitò cotesta quistione innanzi al parlamento di Bordeaux. Il capitolo dei canonici di Saintes sosteneva, che il vescovo di questa stessa città in virtù di antichissimo uso era tenuto d'imbandire ad esso quattro banchetti per anno, od a pagargli una somma che li rappresentasse: la quale pretensione convalidavasi per alcune occorse transazioni. Opponeva il vescovo, che l'usanza invocata dal capitolo non era provata; che se il fosse stato, non era di natura da costituire usucapione in guisa da prestare fondamento ad un'azione giudiziale, e che le addotte transazioni non erano efficaci a partorire impegno indeclinabile. Per sentenza 13 luglio 1775 la domanda del capitolo fu rejetta.

ARTICOLO XVIII.

Precario.

191 Il precario è differente dalla donazione; chi dona non riprende più la cosa donata; chi concede a precario vuol ripigliare il dato. Lo diffiniva Ulpiano: *Precarium est, quod precibus, petenti utendum conceditur quamdiu is, qui concessit, patitur* (1). È un atto di liberalità, il quale differisce dal commodato in ciò, che questo termina coll'uso per cui si consegnava la cosa, mentre il precario cessa a qualunque richiesta del concedente, quando non siavi patto in contrario; e quindi anche duraturo per tempo indefinito. Adoperiamo il vocabolo di precario riferibilmente agl'immobili.

192 Invero la natura stessa del favore persuade, che debba essenzialmente aver termine colla volontà di colui che l'accorda (2).

(1) L. 1 digesto libro 43, titolo 26.

(2) Scrive Ulpiano nella l. 2 dig. lib. 43, tit. 26. *Hoc interdictum restitutorium est; et naturalem habet in se aequitatem. Namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim; et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem* =

— Domat, *loix civiles: liv.* I, *titre* V, *sect.* I, *pag.* 107 *e suiv.* t. I, edit. Paris 1777.

Il che conferma Pomponio in quella sentenza = *Ed è di una somma equità, che altri si giovi delle cose nostre fino a tanto che torni a nostro grado* (1). L'applicazione di un principio opposto osterebbe alla natura della convenzione. Il patto, che escludesse la facoltà della rivocazione, sarebbe nullo, come contrario all'indole intrinseca del precario. Per la qual cosa, anticamente ed a dì nostri, è usanza di non aggiungervi il giorno della cessazione.

193 Se venga determinato un periodo di tempo, entro il quale si possederà precariamente, sarà in potestà del concessionario di sostenersi in tale possesso insino all'epoca denotata? I giureconsulti romani non sono abbastanza precisi e concordi su tale argomento. Celso parrebbe inclinato ad un contrario avviso sulla considerazione, che questo convegno non ha forza di legittimare il possesso di cosa d'altri, a malgrado del voler del padrone (2).

194 Certo che a prima giunta sembra esistere una contraddizione tra la natura del precario e l'accordo che stanzia l'uso della cosa ad un termine prefinito, in opposizione all'essenza di quel genere di convenzione. Io però crederei consentaneo alla retta ragione di disporre delle cose proprie il poter pattuire un precario condizionato, anche a un termine prefisso.

195 Ulpiano accolse un simile avviso, allorchè ammetteva il principio, che chi ottenne un precario temporaneo *(ad tempus)*, finito il termine, ancorchè non abbiasi pregata una prolungazione, tuttavia si continua nella possessione precaria. In tal caso trapela una tacita adesione dalla tolleranza del padrone (3).

196 Non è da dimenticarsi, che la concessione precaria porta un certo possesso: *possidet qui precario habet.* Più leggi romane sanciscono siffatto dettame giuridico (4). Tuttavolta il proprietario

(1) L. 15 dig. lib. 43, tit. 26.

(2) L. 12 dig. lib. 43, tit. 26.

(3) L. 4, § 4 dig. lib. 43, tit. 26 = Romagnosi, Condotta delle acque, Parte I, libro II, capo II, sez. I, § 8, vol. III.

(4) L. 4, § 1 = l. 12 = l. 15, § 14 = l. 22 del digesto lib. 43, titolo 26 ed altre.

non è limitato, che dal possesso materiale in quella determinata cosa e caso; cioè col possesso dell'uso rivocabile.

197 Nè si oppone a questa teoria l'altra, che più persone non ponno solidariamente possedere la cosa medesima. In questa sottigliezza però prevalse l'opinione di Sabino, che *possiede simultaneamente tanto colui che diede a precario, quanto colui che ricevette a precario* (1).

198 Non è poi difficile il vedere, che la preghiera ed il conseguente concedimento d'un diritto precario può essere sollecitato ed impetrato da un procuratore. — *Si procurator meus me mandante, vel ratum habente, precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor* (2).

199 Bensì è da riflettersi, che non è possessore del jus precario, assentito a beneficio d'un fondo, colui che avanzò la preghiera, riferendola al fondo: e quindi non è trasfusa la facoltà precaria all'usufruttuario od al fittajolo, i quali non sono i veri possedítori; ma diconsi *essere nel predio*, cosa diversa dal possedere. Dessi non posseggono il diritto precario, il quale viene attribuito al fondo; *et apud eum, qui concessit, remanet.*

200 Apprendiamo da Ulpiano, che si reputa *avere a precario quegli che acquistò il possesso corporale, o di un semplice diritto, per la sola ragione di aver pregato ed ottenuto di possederlo e di servirsene* (3). Dal che dee inferirsi, che, se prima di aver pregato si possedesse già la cosa altrui o per altra causa o senza causa, si presumerà avere cotestui cominciato a possedere a titolo di precario dal dì della fatta ed assentita prece, coll'interrompimento del possesso per altri titoli.

201 Si può la cosa nostra, non posseduta, trasmettere in precario

(1) L. 3, § 5 dig. lib. 41, tit. 2.

(2) L. 6, § 1 dig. lib. 43, tit. 26.

(3) L. 2, § 3 dig. lib. 43, tit. 26 = e così la l. 3 susseguente: *Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire, vel agere tibi liceat: vel ut in tectum, vel in aream aedium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas.*

a colui che la possiede, ma non si può avere a precario la cosa nostra; *quia receptum est, rei suae precario non esse* (1).

202 « Non si dee pensare, che coloro, ai quali il proprietario » consente il possedere precariamente, possano tramutare la causa » del possesso. E in verità se ottenesti da un altro ciò che posse- » devi, sei considerato cessar di possedere per la prima causa e » cominciare a tenere in virtù del precario » siccome si è or ora avvisato.

« Per lo contrario, se alcuno avesse potuto chiamare a sè la » cosa dal possessore, invece la ricevette a precario dal possessore » medesimo, sarà egli tenuto al precario *(teneri eum precario)*: » perocchè mercè cotesta preghiera di precario a lui pervenne al- » cuna cosa, vale a dire un possesso ch'era di altri (2). »

203 La cosa data a precario non si può mai acquistare per usucapione. *Precario dando effecit ne res usucapi possit* (3). La ragione si può ravvisare nella natura del contratto che non ammette traslazione di dominio: è una mera tolleranza del padrone. *Qui* jure familiaritatis *amici fundum ingreditur, non videtur possidere: quia non eo animo ingressus est, ut possident, licet corpore in fundo sit* (4).

Leggiamo in Merlin = *La possession précaire, quelque longue qu'elle soit, ne peut opérer la prescription. La raison en est évidente: la prescription n'est que la confirmation, l'assurance que la loi donne à celui qui a joui pendant le temps qu'elle a déterminé, de ne pas être troublé à l'avenir dans sa jouissance. La loi ne peut donner cette assurance qu'à celui qui a joui comme propriétaire.* Il codice civile austriaco in più articoli con aperto legislatorio comando consecrava tale principio; ed in uno il codice francese (5).

(1) L. 4, § 3 dig. lib. 43, tit. 26.
(2) L. 22 dig. lib. 43, tit. 26.
(3) L. 16 digesto libro 44, titolo 7 *de oblig. et action.*
(4) L. 41 dig. lib 41, tit. 2.
(5) *Merlin, réper. univ. de juris.* alla voce *Précaire:* il cod. civ. aus. specialmente ai parag. 1460, 1461, 1462, 1464, 309, 316, 326, 345. Il cod. napol. all' art. 2232.

Non solo il possessore del precario non può usucapire, ma nemmeno gli eredi di lui; posciachè rappresentano eglino il loro autore, e il loro carattere non può prestarsi a commutare la qualità dei raccolti possedimenti.

204 Il precario finisce colla morte del concessionario, non con quella del concedente. Nel caso della morte di quest'ultimo, la preghiera del precario si suppone trasmessa al di lui erede. Non già nel caso di chi gode del precario; stantechè il privilegio precario è conceduto ad una determinata persona. *Ad haeredem autem ejus, qui precario rogavit, non transit: quippe ipsi dumtaxat, non etiam haeredi concessa possessio est.* Non si deve di troppo estendere il beneficio del concedente; per ciò giova presumere accordato alla persona del concessionario, non a quella del suo erede (1).

Che sarebbe a dirsi nel caso di compra e vendita, o di altro titolo di successione particolare dell' immobile, sul quale esercitavasi un precario?

205 Se fu fatta menzione particolare del precario nella relativa scritta, allora è mestieri attenersi alla stessa. Nella ipotesi del silenzio, sta la considerazione che il successore a titolo singolare non è investito di obblighi e diritti di personale rappresentanza dell' autor suo; ma solamente passano in lui quelli inerenti al peculiare contratto. Parrebbe quindi abile in massima a poter di buona fede possedere *animo domini*, e per ciò ad usucapire.

206 Ma se il successore a titolo singolare di quello, dal quale io ebbi il precario, soffre ch'io continui a trarre profitto dal precario in corso, ne sorge un tacito precario prolungativo per quasicontratto, che procede dal fatto volontario reciproco dei contraenti, l'uno de' quali usa del precario, l'altro non vi fa contrasto; con che è sufficentemente dichiarato la volontà di tener fermo il precario.

207 Similmente accade, che se il concedente tollera, che l'erede del concessionario prosegua a possedere per precario, si costituirà

(1) L. 12 § 1, dig. lib. 43, tit. 26.

un precario novello; sebbene, come diceasi, sia personale siffatta concessione.

208 L'erede del concessionario d'un precario, persistendo a rimanere in esso, potrebbe, secondo gli eventi, divenir sospetto di possedere clandestinamente, non essendo egli stato il sollecitatore di questo beneficio. Laonde contro di lui è preservata la persecuzione di quella cosa, mediante l'interdetto *vi aut clam*, o mediante la *vendicazione* della cosa medesima. Non è già per la sua qualità di erede del concessionario sottoposto all'interdetto di precario, dacchè questo non passa in lui, se non quando ne lo avesse personalmente impetrato.

209 Nel repertorio di Merlin sopraccennato si professa il principio, che, quando si acquistò la cosa da colui, che si pensava esserne il proprietario, si potrebbe prescrivere. Si potrebbe ugualmente, laddove si fosse giudizialmente sostenuto, che il nostro datore possedeva quale vero proprietario. Non basterebbe però che un affittajuolo pretendesse aver goduto da padrone: dovrebbe dimostrare atti esercitati come tale.

210 Il precario si costituisce come tutti gli altri contratti: talora anche tacitamente. Il che avviene possedendo senza specificazione di volontà, ma solo colla tolleranza del proprietario: *sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino, possedit* (1).

211 Sul quale argomento è da memorarsi la sentenza di Ulpiano intorno al foggiare un tacito precario. *Se tu avesti da me una cosa a precario, ed io l'alienassi, dura tuttavia il precario dopo tale traslazione? È preferibile il parere, che se quegli non revochi il precario, si può interdire come se tu avessi il precario da lui* (l'acquirente); *non come se tu lo avessi da me* = *Che s'egli soffrì che avessi da lui il precario per qualche tempo, rettamente interdirà come se tu avessi il precario da lui* = Ed aggiunge il

(1) Julii Pauli receptarum sententiarum libro V, titolo 6 = non che la l. 4, § 4 dig. lib. 43, tit. 26, che dice: *intelligitur enim dominus, cum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere.*

glossatore Dionisio Gotofredo: *Precarii interdicto is etiam tenetur, in quem precarium alienatum est, titulo etiam singulari.* Per reciprocazione inducesi tacitamente un nuovo precario, allorchè colui, che consentì il precario, permette che il successore dell'impetrante si abbia la cosa a precario; per lo che scrive Pomponio; *si adoptavero eum qui Precario rogaverit, ego quoque precario possidebo* (1): dappoichè, giusta la romana giurisprudenza, l'arrogante era successore universale dell'arrogato.

212 Se il precario è convenuto per un certo tempo, ha termine con esso: e se chiedesi poscia per un tempo ulteriore, intendesi lo stesso prorogato; non cangiata la causa del possesso, nè con tale proroga costituito un contratto diverso di precario. Se domandi poi dopo spirato il tempo, è un precario novello (2).

Quando il precario è condizionato, si scioglie col sopraggiungere della condizione. Da qui deriva la sentenza di Ulpiano = *Il venditore può conseguire la cosa ch'egli alienò, qualora si patteggi lasciarla a precario appo il compratore sino a che sia soluto il prezzo, quando sia stato in potere del compratore di non pagarlo* (3).

213 Talora è sottintesa la condizione, che determina la durata del precario; e sempre poi questo viene a fine, allorquando colui che possedeva a precario, cominciò a possedere per altra causa. Si reputa piuttosto procedere ciò che ultimamente fu fatto = *Potius hoc procedere videtur, quod novissime factum est* (4). E la ragione la soggiunge Gotofredo = *non tantum in ultimis voluntatibus, sed in contractibus attenditur ultima voluntas.*

214 Per questo stesso dettame Ulpiano insegna (5); che se al-

(1) L. 8, § 2 dig. lib. 43, tit. 26.

(2) *Si vero praeterita die rogas, proprius est ut soluta jam causa precarii, non redintegretur, sed nova constituatur;* l. 5 dig. lib. 43, tit. 26.

(3) L. 20 dig. lib. 43, tit. 26. Secondo il cod. civ. austr. § 1063 sarebbe una vendita a credito.

(4) L. 10 dig. lib. 41, tit. 2.

(5) Legge 10 sopra citata.

cuno abbia tenuto uno stabile a conduzione, indi a precario; con quest'ultima qualità si estima decaduto dalla conduzione: ed a converso, se prima ebbe a precario, poscia a conduzione, si reputa in vigore il secondo titolo di godimento.

215 Il sottile ingegno dei giuristi romani ci porge un esempio, atto ad illustrare questa materia, il quale io attingo da un giudizio di Papiniano (1); e che tenterò di schiarire, sendo alquanto oscuro = Tu hai diritto di passaggio nel fondo del vicino. Ad esso tu concedesti in via precaria, cioè finchè a te piacerà, d'ingombrare il passaggio stesso, posto sul tuo terreno, con delle macerie, a muro secco. Cotale conceduto ingombro a titolo precario, non è già una condonazione; ossia totale rimessione della servitù di passaggio, di cui tu godi. Quindi il vicino non potrà far giudicare esser tu obbligato di rispettare il profato ingombramento, consistente nell'edificato a macerie dietro autorizzazione precaria. Tale edificio a macerie è eretto sul tuo suolo, e però segue la condizione del suolo medesimo; *cum aedificium soli conditionem secutum.* L'edificio divenne mio per diritto di accessione: posso farne il mio piacere. Dalla chiusura a muro posticcio non si può inferire, che sia stata dal vicino acquisita la liberazione della servitù passiva che lo aggrava. Concluderebbe da questa dottrina di Papiniano il Pothier (2) = *che questo interdetto non ha luogo, se la cosa nella quale alcuno concesse ad un altro di fare o di avere a precario, sia presso di quello che concesse; ma solamente se sia presso di quello a cui è concessa.*

216 Lo stesso Pothier (3) ne ammonisce, che, giusta il romano diritto, in forza di questo interdetto le cose vanno restituite nella primiera loro causa; *restitui debet in pristinam causam* (4). Il che se non avvenne, nascerà la condanna in quanto importava all'attore, che la cosa gli fosse restituita fino da quel tempo in cui

(1) L. 47 dig. libro VIII, titolo 4: *communia praediorum.*
(2) Pandette lib. 43, titolo 26, n. XIX.
(3) Pandette, luogo citato, al n. XXVII, § 3.
(4) L. 8, § 4 dig. lib. 43, tit. 26.

fu emanato l'interdetto; laonde unitamente ai danni ed interessi dal dì dell'interdetto medesimo, il quale emanavasi contro il contumace a rendere la cosa nello stato primitivo, e che con dolo malo avesse fatto in guisa da non poter restituire.

217 È da notarsi finalmente, che, secondo il jus romano, questo interdetto restitutorio di precario compete anche dopo l'anno (1): e che chi ebbe a precario non presta naturalmente la colpa, dacchè non fu obbligato, come nel commodato il commodatario, alla custodia della cosa da restituirsi. Egli usa amplamente, per la natura dell'atto d'illimitata liberalità, della cosa data a precario; per cui è bastevole che presti il solo dolo, o la colpa prossima al dolo, cioè la colpa lata che al dolo si paragona (2).

218 Il precario è impeditivo all'acquisto del possesso al pari degli atti e modi dolosi, clandestini, violenti: a ciò consuona il § 1464 del cod. civ. austr., e la romana decisione, *improba possessio firmum titulum possidenti praestare nullum potest* (3).

ARTICOLO XIX.

Buona fede nel possesso.

219 La buona fede è necessaria nei possessi ogni volta che si vogliono rivolgere all'usucapione, cioè alla prescrizione della proprietà.

220 Modestino ci porge una limpida diffinizione della buona fede = *Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere* (4). Cotale buona fede è sempre presunta in ogni possessore. E per verità, salvo i casi di macchinazioni o mire dolose, è a supporsi che un acquirente non debba passar sopra alle diligenze usate a

(1) L. 8, § 7, luogo citato.

(2) L. 8, § 3, luogo succitato.

(3) Così pronunciarono gl' imperatori Diocleziano e Massimiano nella l. 7 C. lib. VII, tit. 32.

(4) L. 109 dig. lib. 50, tit. 16 *de verb. sign.*

discoprire se il suo acquistamento possa sottostare a pericoli ed all' incertezza dell' usucapire.

21 È possessore di buona fede chi possiede in fatto quale padrone, o che abbia giusta causa di estimarsi tale, malgrado che possa in effetto trovarsi di non essere quello che egli si presume.

22 Il possesso avvalorato dalla buona fede è bastevole a trasfondere la proprietà, allorchè pervenga alla lunghezza prefissa dalle leggi: ed assume tutte le prerogative di un titolo scritto il più solenne: *cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (1): senza bisogno di far conoscere l' origine e la causa della possessione. Siffatto possessore sarà mantenuto nel suo godimento in confronto del più antico anterior possessore fornito di strumento autentico. *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent* (2).

223 Più leggi si riscontrano nel diritto romano, ossia comune, le quali danno a divedere come canone inalterabile = *Non possessori incumbit necessitas probandi eas* (possessiones) *ad se pertinere; cum te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat* (3). Laonde se avvi contesa tra il possessore d' un fondo ed un altro che se ne vanti il padrone, la presunzione sta pel primo, il quale sarà mantenuto nel suo possesso, quando bene l' altro non provi il suo diritto: stantechè è cosa ordinaria e naturale, che non s' impossessi d' una cosa se non chi ne abbia ragione giuridica; nè che il padrone acconsenta d' esserne spossessato.

Giova non obbliare, che la buona fede, considerata rispetto

(1) L. 1 dig. lib. 41, tit. 3 *de usurp. et usucap.*

(2) La legge prima del digesto succitata, lib. 41, tit. 3.

Vedi inoltre Domat, *Les loix civiles*, libro III, titolo 7, sezione 3 ed il suo preambolo, e la sez. 4 susseguente, n. XIV, non che la sezione prima, n. XIII dello stesso libro e titolo.

(3) L. 2 C. de probat. libro 4, tit. 19.

In pari causa possessor potior haberi debet: l. 128 dig. de reg. jur.

ai possedimenti, diversifica da quella che va osservata nelle convenzioni.

224 In queste, ciascun contrattante deve sottintendersi tenuto verso l'altro ad una intera buona fede, così appellandosi ogni pratica di equità e convenienza, sia riguardo alla intelligenza delle frasi, di che è tessuto il contratto, sia riguardo al prestarvi esecuzione, ed alle conseguenze finali di eseguimento. Tale buona fede
225 è pari ad una somma equità, secondo Trifonio (1). È un affaccendarsi *ex bono et aequo* a mandare soddisfatto l'altro contraente in tutto ciò ch' è conforme al gius naturale ed alla lettera della contrattazione non solo, ma alle recondite intenzioni più benigne confacevoli ai rispettivi vantaggi. Tuttavolta non è da trascurarsi il limite sotto tali aspetti posto dalla giurisprudenza, disegnato dal Domat nelle seguenti linee, che rapportiamo testuali = *Les manières dont chacun ménage ses intérêts lors de la convention, et la résistance de l' un aux prétentions de l' autre dans l' étendue de ce qui est incertain et arbitraire, et qu' il faut régler, n' ont rien de contraire à la bonne foix* (2). E per verità una convenzione non è obbligatoria soltanto per ciò che viene partitamente additato, ma per le necessarie illazioni, proposte e conclusioni derivanti dal testo della medesima.

Circa poi alle materie possessorie la buona fede specialmente si raggira sulla giusta opinione di avere acquisito compiutamente il dominio. Ma cotale opinione non si può immaginare che risieda
226 in colui che ignora di possedere. Non v' ha possesso civile scompagnato dalla cognizione di possedere; laonde in tale posizione giuridica non si usucapisce, non possedendo.

Per lo contrario se comperai da colui ch' io mi pensava fatto abile a vendermi, sebbène nol fosse, avrò acquistato in buona fede.

(1) Nella legge 31 del dig. *Depositi vel contra*, libro 16, titolo 3, ove dice: *Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.* A cui gl' interpreti aggiungono: *hoc est, id exigit, ut res deposita deponenti restituatur, nisi extrinseca et specialis ratio id impediat.*

(2) Domat, lib. I, tit. I, sez. 3, n. XIV.

227 Così, acquistando io da un pupillo non autorizzato dal tutore, perchè da me creduto giunto alla pubertà, potrò usucapire: *ut hic plus sit in existimatione quam in re.* Si riguarda più alla opinione, che alla realtà della cosa (1). Similmente si acquista in buona fede da persona che si giudica fornita di mandato (2). Si enuncia persona di buona fede quella che suppone la capacità di alienare in colui, che ne trasmette il dominio d'una cosa. Ma egli è mestieri che risaltino motivi verisimili a tale credenza (art. 550 del cod. nap., ed i parag. 326 e 1437 ed altri del cod. civ. aust.).

228 A differenza dell'errore di fatto, l'errore di diritto non giova ad alcuno: *juris error nulli prodest,* assioma professato dal giureconsulto Paolo (3). Quindi nessun giovamento v. g. a costituire in buona fede può apportare l'aver creduto che la legge assolva il minore dall'obbligo di procacciarsi l'adesione del tutore = *nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest* (4): nè discorda da tale principio sugli effetti dell'errore di diritto il codice austriaco al § 1431, il quale non si riferisce che all'indebito pagamento.

229 Notano però i chiosatori del jus comune, con soverchia sottigliezza, non valevole, appoggiati alle istituzioni giustinianee (5), l'autorizzazione tutelare manifestata avanti la vendita o dopo, mentre dovéasi interporre nell'atto stesso dell'affare. Io mi penso che il jus romano non mirasse con quella espressione, che a far evitare una precedente accordata facoltà in genere, volendo per il

(1) L. 2, § 15 dig. lib. 4, tit. 4. Pel § 310 del cod. civ. aust. i puberi possono prender possesso: per l'antecedente § 21 tocca la pubertà chi compie l'anno quattordicesimo.

(2) L. 14 dig. lib. 41, tit. 4.

(3) Nella leg. 2, § 15, dig. lib. 41, tit. 3, e nella l. 31 dig. successiva.

L'autore del presente libretto inserì un capitolo sul tema = *Fede buona e mala* = nell'altra sua opera: *Repertorio legale intorno ai diritti reali,* edita in Brescia 1832, vol. II, pag. 275.

(4) La succ. leg. 31 dig. lib. 41, tit. 3.

(5) Libro I, tit. 21, n. 2. Inst. = *Tutor autem in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimavit.*

vantaggio dei pupilli, che si compartisse alla conclusione dietro cognizione del caso concreto. La quale cautela all' interesse del pupillo potrebbe affermarsi avere eziandio luogo, mediante antecedente ratificazione o successiva.

230 A circondare di buona fede l'acquisto di una cosa, egli è mestieri che quegli, cui venne ceduta in possesso, abbia saputo essere tra le mercatabili. La buona fede è l' opinione del bene accettato dominio: opinione che non può allignare al certo in colui, il quale, sia pur per errore, diedesi a credere illecito l' acquisto della cosa ricevuta. Cotestui non rientra nella buona fede, ancorchè si scoprisse in appresso avere erroneamente imaginato che la legge divietasse il commercio della cosa accettata (1).

231 Alla buona fede del possessore non è impedimento l' errore circa la propria condizione o il titolo per cui si possiede, purchè sussista un titolo giusto (2). Quindi egli usucapisce, quantunque si pensi di possedere non per sè stesso, ma pel proprio genitore, la cui morte gli è ignota: posciachè tiene non ostante una certa opinione di dominio, come quasi comproprietario dell'avere paterno.

232 Pothier nelle sue pandette porta parere, che la dispersione del prezzo della cosa comperata non costituisce in mala fede il compratore che lo sborsò; bensì se fosse stato consapevole che il venditore alienava per usarne in turpe causa. Perocchè, scrive Cujaccio, egli è di mala fede, siccome complice d' un' azione biasimevole. La quale teorica si attinse da una legge di Giuliano (3).

(1) Pomponio nella legge 32, § 1 dig. lib. 41, tit. 3.

Voet lib. 41, tit. 3, n. 6, che scrive = *Bona fides est illaesa conscientia putantis rem suam esse, dum credit, eum, a quo nactus est possessionem, fuisse dominium illius rei, et alienandi jure haud destitutum.*

Romagnosi, *Condotta delle acque ec.* vol. III, Parte I, libro 2, capo 2, sezione I, § 3.

(2) L. 44, § 4 dig. lib. 41, tit. 3.

(3) L. 8 dig. lib. 41, tit. 4 *pro emp.* = *Se taluno,* dice la legge, *cognito che il venditore stava per consumare quel prezzo, comprò alcuni servi, la pluralità de' legisti rispose, ch' ei non pertanto acqui-*

233 Insegna il giureconsulto Paolo, che nei contratti in generale basta la buona fede al tempo della tradizione; ma nelle compere si ha riguardo anche al tempo della contrattazione (1). E la ragione, secondo Pothier (2), sarebbe, perchè ripugna alla buona fede che si comperi la roba che non è propria del venditore, bensì d'altri; ma non ripugna del pari alla buona fede, che uno prometta per istipulazione la roba altrui; poichè il promittente può riscattarla, od altrimenti pagare il valore della stessa. Nel contratto di compra e vendita all' opposto la buona fede è necessaria non solo all' istante della tradizione, ma eziandio al negoziarsi e concludersi di quello: posciachè, non intervenendo la buona fede nell' appuntamento, non avrebbe mai esistito l' acquisto. *Pro emptore possidet, qui revera emit; nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere; sed debet etiam subesse causa emptionis.* Così il giureconsulto Paolo nella citata legge ai susseguenti paragrafi 6-7. E nel § 8 poi espose, che il tutore nell' incanto pubblico di cose del pupillo può fare acquisto per usucapire in quanto abbia fatto migliore la causa di esso pupillo, offerendo prezzo maggiore degli altri.

234 Al successivo § 9 lo stesso Paolo, seguendo l'avviso della pluralità de' giuristi, insegnerebbe per analogia, che *un procuratore, il quale avesse comperato ad un incanto ch' ei fece per mandato*

stava in buona fede: il che era vero. Infatti, comperando quegli dal padrone, come poteva imputarsi di mala fede? Tuttavolta non avrebbe usucatto, se, acquistando da un lascivo, sapeva che tosto il valsente passava ad una bagascia.

(1) L. 2 dig. lib. 41, tit. 4, nel proemio.

(2) Pandette libro 41, titolo 4, nota 6, al n. III. *Scientia igitur rei alienae non nocet in caeteris contractibus. Porro ex eo quod receptum sit in emptione, ut tempore contractus bona fides exquireretur non solum tempore traditionis (ut quum ex caeteris causis usucapitur), sed etiam tempore contractus: concluserunt Prudentes non posse usucapi ex causa emptionis, nisi revera subesset emptio; nec sufficere probabilem emptionis existimationem: quia non posset intelligi bona fides adfuisse tempore contractus, seu tempore emptionis, si nulla intervenisset emptio* (Pothier t. III, p. 147, Parisiis in fol. 1752).

del suo principale, in virtù dell' utilità recata a quest' ultimo, potrà acquistare per usucapione, dando la legge valore alla sua buona fede.

235 A modificazione delle cose suesposte si pone sott' occhio dello studioso l' opinione di Africano (1), che afferma vera l' accennata dottrina, ogni qualvolta l'acquirente *non abbia veruna giusta causa del proprio errore: perocchè* (ei prosegue) *se per caso il servo o il procuratore, incaricati di comperare la cosa, avesse indotta in esso mandante la persuasione della compera e con tale aspetto gliela avesse consegnata; si dirà piuttosto aver luogo l'usucapione.* Al quale parere l'allegato Pothier non si farebbe oppositore, se il credere la compera non dipendesse dalla sola credulità, ma da qualche gestione d' affare p. e. dal *mandato di comperare quella determinata cosa: hoc*, dic' egli, *quoad usucapionem, aequipollebit veritati tituli* (2).

236 Non pretermetterò in seguito ai preceduti insegnamenti di conchiudere, che la buona fede, acquistando per testamento o stipulazione, dovrà intervenire solo all' epoca del possesso: ed allorchè il possesso sia stato interrotto e venga ripigliato, dee considerarsi, non il primo, ma il posteriore (3). E talora eziandio, per dimostrare la buona fede, d' uopo è risalire all' antica causa del possesso, secondo c' istruisce Papiniano (4). Pomponio parimenti dice (5): = *Se tu comperasti in buona fede una serva furtiva, la quale concepì e partorì mentre era in tuo potere, che tenesti sino al compiersi della prescrizione, ma in questo intervallo venisti in cognizione che la madre era furtiva*, Pomponio fa una distinzione. Se ignorasti di chi era la serva, o lo sapesti, ma non ti fu dato di avvisarne il padrone; oppure se l' hai avvertito: tu usucapisti ciò che hai posseduto. Se poi sapendolo e potendolo, non

(1) L. 11, dig. lib. 41, tit. 4.
(2) Pothier, pand. succit. lib. 41, tit. 4, nota k.
(3) L. 7, § 4, dig. lib. 41, tit. 4.
(4) L. 44, § 2, dig. lib. 41, tit. 3.
(5) L. 4, dig. lib. 41, tit. 10, *pro suo.*

rendesti di tutto conscio il padrone, non acquistasti per usucapione, da che il tuo possesso sarebbe stato clandestino.

237 Dirò per ultimo, in quanto regge nel diritto ancora a' nostri giorni:

Primo = Che la buona fede circa alle cose, che si vogliono usucapire, si deve estendere a tutte le parti di un fondo, se ignoravasi qual fosse la parte di esso, che il venditore non poteva alienare, essendo d' altri; ma se conoscevasi la parte che il venditore non aveva in proprietà, potevansi usucapire le altre soltanto (1).

Secondo = Ma se si comperò un fondo, e confini più ampli vennero posseduti, mercè il lungo tempo si acquista tutto per usucapione; perchè si possiede la universalità di quel fondo, non le singole parti (2).

Terzo = L' usucapione fa acquistare il dominio della cosa, come se fosse stata comperata: e passa nel possessore con la causa medesima, colla quale stava presso l' antecessore (3).

Quarto = Laonde l' usucapione succeduta a titolo di compratore o di erede non può apportare detrimento al pegno, che vi fosse annesso. Siccome colla proprietà non si usucapisce il gius di usufruttare; così nemmeno si consegue l' accessorio del pegno, nè si estingue. Il jus di pegno non si annienta accoppiandosi alla ragione di proprietà: l' un diritto nulla tiene di comune coll' altro. Sono diritti che possono coesistere nello stesso punto stanti da se (4).

(1) Legge 4, dig. lib. 41, tit. 4, *pro emptore* = La stessa legge al § 1. = La legge 43, dig. lib. 41, tit. 2.

(2) Legge 2, § 6, lib. 41, tit. 4.

(3) Pothier, pand. lib. 41, tit. 3, n. XCI.

(4) Così Papiniano nella l. 44, § 5, dig. lib. 41, tit. 3, il quale così si esprime = *Non mutat* usucapio *superveniens pro* (a titolo) *emptore vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. Ut enim usufructus usucapi non potest; ita persecutio pignoris quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.*

Ancorchè usucatta la cosa a titolo di compra o di eredità, non cessava la prosecuzione del jus d' ipoteca.

238 Il codice napoleone all' art. 2114 dichiara il gius d' ipoteca inerente agl' immobili su cui è iscritto presso chiunque passino; estinguibile riguardo ai beni ipotecati, tuttora in mano del debitore, mediante il trascorrimenlo del tempo determinato per la prescrizione delle azioni che producono ipoteca: e riguardo ai beni posseduti da un terzo, mercè il periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore: art. 2180, n. 4.

239 Il codice civile austriaco nella parte seconda, sezione prima, capitolo sesto; la notificazione governativa 16 marzo 1816, che mantiene in vigore il regolamento italico 19 aprile 1806, e la sovrana patente austriaca 19 giugno 1826, adottarono i dettami dell' art. 2114 del cod. nap., e rispetto alla prescrizione dei diritti ipotecarj, quella dei trent' anni istituita nei paragrafi 1468-1470 del codice austriaco stesso.

240 Quinto = In quanto all' acquisto delle servitù, la buona fede si riscontra alloraquando il diuturno uso di esse siasi esercitato senza alcuno dei tre vizi, segnalati nella giurisprudenza, *vi, clam, precario.*

ARTICOLO XX.

Mala fede nel possesso.

241 Il vizio più comune è della mala fede, allorchè il possessore
242 sa o deve sapere che la cosa tenuta è d' altri. Benchè non si presuma un siffatto vizio in un possesso procedente da giusto titolo, tuttavolta vi si può riscontrare; ma a chi ve lo oppone incombe il provarlo.

243 All' opposto si attribuisce al possessore la mala fede, qualora il possesso sia privo di fondamento legittimo, e non sia incorsa la usucapione.

Per raffigurare la natura della mala fede, basta conoscere gli elementi della buona fede, dappoichè la mala fede sarà il suo opposto.

244 Il giusto titolo non è sufficiente ad acquistare per usucapione.

Alcuno può avere bensì comperato, ma di mala fede. Può essere valido il titolo di compera, ma l'acquirente poteva aver notizia, che non era propria dell'alienante la cosa presa in possesso. In siffatto caso il compratore possiede, è vero, con retto titolo, ma con mala fede. Possiede per atto di compera, ma non diviene proprietario per usucapione, secondo il diritto romano (1) e l'austriaco ai paragrafi 1463, 1477, 1497. Il codice francese adottò il principio opposto negli articoli 2228, 2229, 2262.

Rimarchevole è una teoria di Paolo su tale proposito (2) racchiusa nella seguente sentenza = *Se tu vendesti a me sciente la cosa altrui, che andavi acquistando per usucapione a titolo di compera, non potrà da me essere usucatta.* Il vizio del mio autore è trapassato in me, come esisteva nel precedente possessore.

245 È consentaneo all'equità, che se il dolo del venditore non abbia a danneggiare il compratore di buona fede, nemmeno abbia a giovargli allorchè non vi sia cotesta buona fede (3). Il che Dionisio Gotofredo esprime col dettato: *bonae fidei emptori dolus venditoris, neque nocet, neque prodest.* La quale dottrina viene avvalorata coll'altra di Ulpiano (4) = *Cum quis utitur ad (minimulo) ex persona auctoris* (colui s'intende dal quale abbiamo causa e diritto): *uti debet cum sua causa suisque vitiis: denique addimus in accessione de vi et clam et praecario venditoris.* Cotesta accessione è l'unione dei possessi, cioè l'unione dei tempi, in cui possedettero, a compiere l'usucapione, sì l'autore che il successore. Veggasi l'altro nostro articolo: *Buona fede.*

(1) L. 2, § 1, dig. lib. 41, tit. 4, *pro emptore.*

(2) L. 2, § 17, dig. lib. 41, tit. 4.

(3) Legge 37 del digesto libro 19, tit. 1 *de act. empti et venditi.*

(4) Legge 13, § 1 del dig. lib. 41, tit. 2, che suona volgarizzata = « Chi trae profitto da un ammisicolo proveniente dalla persona del » suo autore, dee profittarne colle cause e vizj a quello annessi. Accu- » muliamo nell'unione dei possessi la violenza, l'occultazione, il precario. »

ARTICOLO XXI.

Possesso clandestino e violento.

246 Nel corpo del romano diritto si reputa generalmente fatta un'opera con violenza allorchè sia proibita; e fatta clandestinamente, mentre sia controversa, o il possa divenire (1).

Per distinguere se un possesso siasi preso violentemente o clandestinamente, sarà profittevole il risalire all'origine di tale presa, anzichè alla maniera, onde si ottenne (2).

247 Il clandestino possessore è colui, che il divenne di soppiatto, all'insaputa di chi custodiva quel possesso e degl'interessati ad opporvisi, e che palesandolo dovevasi aspettare un contrasto (3). E la cosa deve essere di altri, appropriatasi ignorante il padrone.

Il clandestino possesso può aver luogo quando io possedo una cosa, come mia, mentre la tengo a causa di precario o conduzione. *Si quis, dum putat locum tuum esse qui est meus, celandi tui, non mei causa fecerit, nihilominus mihi competit interdictum* (4).

248 A questi tratti si ravvisa il possesso di mala fede. *Clandesti-*

(1) L. 73, digesto, libro 50, titolo 17 *de reg. jur.* al § 2, che dice: *Vi factum id videtur esse, qua de re quis, cum prohibetur, fecit; clam, quod quisque, cum controversiam haberet, habiturumve se putaret, fecit.*

L. 6, digesto, lib. 41, tit. 2.

(2) La l. 6 succitata § *is autem*, e la l. 40, § 2 successiva, dove anche Africano ripete doversi riguardare all'origine del possesso per giudicare se sia clandestino.

(3) L. 6, dig. lib. 41, tit. 2. = L. 3, § 7-8, dig. lib. 43, tit. 24. = L. 4, ivi. = L. 40, § 3, dig. lib. 4, tit. 2.

(4) L. 5, § 5, dig. lib. 43, tit. 24, *quod vi aut clam;* ov'è detto = *Se alcuno mentre crede che sia tuo il luogo ch'è mio, ha fatto qualche cosa all'oggetto di celare non a me, ma a te; l'interdetto a me compete.*

num factum semper praesumitur dolosum: ma bisogna aver avuto motivo d'incontrare una contestazione, e che abbiasi operato nascostamente per declinarla: od anche solo che siasi temuta, ancorchè non vi fosse ragione di temerla; *ne melioris conditionis sint stulti quam periti.* Ugualmente è posseditore di mala fede colui, che ebbe intenzione di sottrarre il suo possesso alla cognizione di persona presunta interessata, sebbene nol sia; purchè v'abbia però altra persona interessata alla cosa stessa. Laonde per qualificare clandestina un'opera non monta sapere se si avesse l'animo di celarla ad una, piuttosto che ad un'altra persona (1).

249 L'occultazione riprovevole d'un'opera può eziandio avere origine da una denuncia dolosa della medesima, sia pel tempo, sia per la forma dell'anticipata manifestazione (2). In quanto al tempo avvi occultamento biasimevole, qualora intraprendasi il lavoro immediatamente dopo averne significata la volontà di eseguirlo; a tal che non vi fu lo spazio per impedirlo. È insegnamento di Ulpiano (3) = *Si alius fecerit me invito, tenebor ad hoc, ut patientiam praestem:* e di Paolo (4) = *In summa, qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit, nec possidet, impensam: qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet.* Dalle quali dottrine si conclude eziandio, essersi operato clandestinamente, laddove il lavoro siasi mandato ad esecuzione molto tempo appresso il denunciamento, ovvero ignara la parte interessata.

Riportiamo una sentenza del celebre giurista Merlin (5) assai

(1) L. 18, § 1, dig. lib. 43, tit. 24.

(2) L. 3 = L. 3, § 1 = l. 22, § 5, dig. lib. 43, tit. 24.

(3) L. 7, dig. lib. 43, tit. 24, *Se un altro fece contro mia voglia, sarò tenuto a prestare la mia pazienza.*

(4) L. 16, ivi, in fine. *In somma, chi fece alcuna cosa violentemente o clandestinamente, possedendo, presta la pazienza e la spesa di levar l'opera: chi fece, e non possiede, contribuisce per la spesa: chi possiede, e non fece, dee prestare sofferenza soltanto.*

(5) *Répertoire universel de jurisprudence,* tomo IX. Prescription, sect. I, § 6, art. 7 di Merlin, il quale seguì su questa materia gli scritti, ch'egli appella chiari e precisi, del francese Dunod.

feconda di pratiche conseguenze giuridiche = *Une possession nouvelle contre celui qui est fondé en droit commun, est présumée clandestine, quand elle n'est pas éclatante, exercée par plusieurs actes, et d'un temps considerable, ou qu'elle n'est pas fondée en titre.*

250 Il possesso clandestino è quello che si prende, inconsapevole il padrone della cosa presa. Se questi si restò inerte e silenzioso, dappoichè pubblica sia stata la possessione, sparisce il vizio della *clandestinità, quia taciturnitas et patientia consensum imitatur.* Ma gli è mestieri, che il possessore d'un bene corporale eserciti su di esso gli atti palesi soliti nei possessori; onde non possano addurre scusa d'ignoranza i dispogliati: giacchè *praesumitur scientia in his quae publice fiunt;* essendo debito di ciascun proprietario l'istruirsi dei negozj che possono toccare i suoi averi: ed il giureconsulto Paolo c'insegna, che *magna negligentia (in facendo et non facendo), culpa est:* e la colpa aggrava l'autore di essa (1).

251 Bene più malagevole si è lo stabilire la pubblicità nel possesso di ragioni incorporali, le quali di leggieri sfuggono alla vista ed alle considerazioni dell'uomo ravviluppato in altre faccende famigliari. Per lo che i registri, i dati, i fatti negativi e positivi, dai quali emerge la prova di vantati diritti, e che ne accertano il quasi possesso e la tradizione, debbono esser notati e memorati con esattezza, posti e mantenuti in chiaro, appropriati, coincidenti col jus significato; ed il loro numero dee supplire all'incertezza della loro natura.

252 Il clandestino possesso non può mai riferirsi al vero proprietario della cosa: bensì a chi non ne tiene la proprietà, ed al quale può essere domandata. Al padrone è libero, se piace, il custodirla con riserva e celatamente. Per simil guisa allorchè un oggetto sia per un certo tempo posseduto palesemente e di buona fede, non farà difetto in seguito il possederlo di straforo (2).

(1) L. 226, dig. lib. 50, tit. 16.
(2) L. 40, § 2 e 3, dig. lib. 41, tit. 2.

253 In quanto al possedere violentemente giova osservare, che la violenza non dovrebbe accadere che nelle cose corporali. Laonde ne insegna il giureconsulto Paolo (1) = *Se io ho il diritto di via pel tuo fondo, e tu mi abbi espulso colla forza da quella, io col non uso* (non utendo) *di lungo tempo perderò quel diritto, giacchè non si reputa essere posseduto un diritto incorporale; nè per mero gius può essere alcuno espulso dal diritto di passaggio.*

Lo stesso giurista nella legge terza del citato luogo, all'antecedente titolo secondo, ne ammaestra, che, *possideri possunt quae sunt corporalia;* dappoichè, secondo Festo, non avvi vera possessione che delle cose tangibili.

254 Affinchè la violenza abbia dispogliato del possesso, vi si richiede la violenza materiale effettiva: la quale non può aver luogo nel mentovato caso d'un gius, ente non soggetto all'azione fisica dell'uomo.

Il cacciar via suppone un luogo determinato da cui siasi rimossi; il che non può applicarsi ad un diritto, cosa astratta immateriale.

255 Lelio discacciò lungi violentemente il possessore di un fondo, e non ne prese egli stesso la possessione, ma bensì altri; suppongasi Tizio entrato nel vacuo possesso. Può questi acquistare l'usucapione; poichè non si affermerebbe con verità ch'esso Tizio abbia posseduto violentemente (2): nemmeno se avesse fatta opposizione al proprietario che volesse rientrarvi (3): e la ragione parmi scaturire dal vedere, che Tizio non respinge già il possessore attuale, ma colui che mirava a divenirlo.

La quale dottrina pare secondata dal giureconsulto Giuliano laddove scrisse (4): *Se il proprietario di un fondo, stimando vi*

(1) L. 4, § 27, dig. lib. 41, tit. 3, così concepita = *Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris: per longum tempus non utendo amittam viam; quia nec possideri intelligitur jus incorporale: nec de eia quis mero jure detruditur.*

(2) L. 4, § 22, dig. lib. 41, tit. 3.

(3) L. 4, § 28, dig. lib. 41, tit. 3.

(4) L. 33, § 2, dig. lib. 41, tit. 3.

venissero degli uomini armati, se ne fuggì, si reputa di là mandato fuori, sebbene nessuno vi ponesse il piede. Nullameno, quel podere, benchè non ritornato al padrone, può usucapirsi da chi vi succedette nel possesso di buona fede; posciachè la legge Plauzia e Giulia divietò solamente l'acquistare colla lunga usucapione le cose possedute violentemente, non già quelle dalle quali fosse stato alcuno violentemente espulso.

256 È fatto con violenza ciò, cui era proibito di fare: e la proibizione è operativa manifestata con iscritti, con parole, ed anche con segni, v. g. colla mano o col gitto d'un sassello *(lapillus)*, denotante opposizione, protesta, denuncia impeditiva. Alla quale chi contravviene è violento (1). Nè è necessario inibire in persona; basta per un domestico, un inquilino, un incaricato qualunque = *nam prohibitio haec demonstrat vi te facere ... facto magis tuo delinquentis, quam alieno, acquiritur mihi actio* (2). Egli è poi evidente, che *non videtur vim facere qui jure suo utitur* (3); e che in conseguenza una interdizione irragionevole torna affatto inefficace ad impedire un'azione ragionevole.

257 Parimente se dopo fatto un denunciamento di nuova opera, chi la intraprende avesse prestato all'attore v. g. una cauzione per edificare, imprimendo la sicurtà un'aspetto di possessore, cessa ogni magagna di violenza o d'inganno (4).

258 Se non che cotali vizi possono anche adombrarsi nell'opera, non già inibita espressamente, bensì tentando con astuzia di prevenirne la proibizione, p. e. mulinando e inventando un timore, onde recare detrimento altrui. Al che si oppone la regola di diritto = *Jus suum ita quisque tueri debet ut injuriam in alium non* comminiscatur; cioè non si vada artificiosamente fantasti-

(1) L. prima, § 7, dig. lib. 43, tit. 24 = La stessa legge 4, ai parag. 5 e 6 — La l. 73, § 2, successiva, che dice: *Vi factum id videtur esse, qua de re quis, cum prohibetur, fecit.*

(2) L. 3 e 17, dig. lib. 43, tit. 24.

(3) L. 155, § 1, dig. *de reg. jur.*

(4) L. 6, § 2, dig. lib. 43, tit. 24.

cando per danneggiare altrui. *Che se* (dice Ulpiano stesso alla qui appiedi citata legge prima sul finire) *alcuno, forse con armi, senza verun mio dolo malo, distolse collo spavento te avviato a contraddire* ad un lavoro ch'io disegnava e feci, *non sarò imputato di violenza;* giacchè non è lecito di peggiorare la condizione di me incolpabile (1).

259 È da avvertirsi poi, che la violenza, fatta una volta, si reputa continuare: lo stesso avviene, desistendo dall'opera, indi continuandola senza nuova ragione o concedimento (2).

Può esservi un caso, figurato nel jus romano, nel quale l'autore d'una novità si creda di poterla giudizialmente sostenere ammissibile. Si domanda se, durante la controversia, cessi la violenza. Decideva Sabino per l'affermativa, qualora l'impetito offerisca satisdazione: ed anche, aggiungevasi, cessare la violenza eziandio rispetto a colui che prometteva cautare del danno non fatto, *damni infecti;* ed uguale decisione erasi fatta per l'erede o compratore, i quali, ignari della causa pendente, avessero continuato l'opera (3).

260 Concluderò il presente articolo osservando, che praticamente si confondono bene spesso le due qualità di clandestino e di violento nelle azioni turbative della possessione.

Veggiamo il corpo del diritto romano abbracciare nel titolo, *quod vi aut clam,* gli atti tutti tendenti a siffatte turbazioni. Ciò accadeva certamente, per la ravvisata rassomiglianza ed assimigliamento di fatti giuridici, considerandoli filosoficamente, consecutivi di un identico scopo, la consumata o minacciata con artificio e dolo usurpazione di diritti possessorj; come altresì, atteso-

(1) L. 1, § 8 e 11, dig. lib. 43, tit. 24 =

L. 20 successiva, alla quale si riferisce la l. 1, § 2 antecedente.

L. 2, ivi = e la regola di diritto: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri;* l. 74, dig. de regulis juris.

(2) L. 3, § 1, diges. lib. 43, tit. 24; l'antecedente legge 1, al § 9, e la posteriore l. 20, § 2. È nello spirito delle esposte dottrine la legge terza suddetta al § 2.

(3) L. 3, § 5, 6, e la l. 20, § 3 del digesto, libro 43, titolo 24.

chè ciò succedeva talora, in parte con violenza, in parte clandestinamente, giusta la riflessione di Ulpiano: dal che ei deduce l'aforismo = *Hoc jure utimur, ut vi aut clam factum sit, interdictum hoc sufficiat.*

261 Il codice civile austriaco al § 345 accoglie la distinzione del possesso violento, doloso, clandestino. Le teoriche del jus comune sopra esposte dovranno richiamarsi tutta volta che nei paesi, dove esso impera, occorrerà discernere e fare uso delle qualificazioni succennate. Il codice medesimo condanna il possesso, che ne sia infetto, per illegittimo, di mala fede, e vizioso.

ARTICOLO XXII.

Nozioni generiche sul possesso sommario o sommarissimo secondo il jus comune.

262 Questa nomenclatura non si riscontra nel corpo del diritto romano, ma nel linguaggio pratico forense.

263 Nel giudizio possessorio, a differenza del petitorio *cum de rei proprietate est quaestio*, si distingue la categoria del possesso sommario, cui si dà il nome anche di sommarissimo, e quella del plenario od ordinario: il primo si tratta *summarie*, il secondo *plenariae*.

Summarie tractatur ex solo implorato judicis officio, et eo casu, cum non discernitur, quorum alter de contendentium sit in possessione de praesenti: nam ne ad arma contendens veniant, providet judex prudens juxta l. 13 § 3 del digesto, libro settimo, titolo primo, la quale si riporta a piè di pagina (1).

(1) Nella sopra citata legge dettò Ulpiano = *Che se fra due usufruttuarj insorga controversia, Giuliano nel libro 38 dei digesti scrive, essere equissimo che si ammettano al benefizio di usare d' un' azione simile a quella della divisione della cosa comune, o che per istipulazione provvedano al modo di usufruttare insieme. E come mai, prosegue Giuliano, soffrirà il pretore che addivengano alle mani ed*

Hac ergo justa ratione servari in praxi solet, ut summatim, nulla mora interposita, cognoscatur, quorum alter ex contendentibus sit in possessione, ut in ea is tueatur, donec plenius fuerit cognitum.

Quam doctrinam, ut egregiam recipiunt omnes: procedit enim in hac causa judex sine ordine judiciario, jubetque tantum collitigantibus, ut deferant jura, quae tunc habent, quibus summatim, re cognita, statuat, quis actoris, qui rei, in plenario possessorio, personam substineat: desumptaque ista ex l. 27, § 2, dig. lib. 40, tit. 12, de liber. causa (1).

264 L'azione possessoria sommaria è quella che si accampa entro l'anno dalla turbazione, secondo il gius romano e francese, ed entro un mese, secondo l'austriaco (2). Appellasi eziandio giudizio momentaneo ed impropriamente possessorio, *cum in eo solum agatur de detentione, seu statu quodam rem retinendi, donec plenario possessorio, sive petitorio cognoscatur.*

Questa sentenza del Chiesa o dicasi Abecclesia, va bene svolta, onde evitare errori, e considerata in quella espressione in-

all' armi, mentre ha giurisdizione di comporli? Anche Celso nel libro 20 dei digesti approva tale sentenza ch' io pure estimo vera.

Apprendiamo dalla l. 2, § 1, ff. comm. divid. libro X, tit. 3, che cotesta azione *communi dividundo* qualificavasi per *duplice*, ugualmente delle altre due di *dividere l' eredità* e di *regolare i confini;* e si aggiungevano anche tutti gl' interdetti. In tali azioni e giudizj in certa foggia i singoli litiganti sostenevano la duplice figura di attore e di reo.

(1) Così Giacomo Menochio, cittadino pavese, nato nel 1532, autore del trattato *de recuperanda possessione*, da cui si tolsero i surriportati brani: trattato altamente commendato dall' instancabile scrittore, profondo benemerito cultore delle scienze giuridiche, Agostino Reale, i. r. professore di jus civile nell' università di Pavia, nel suo opuscolo pag. 11. — *Sulla vita e sulle opere di Jacopo Menochio*, edito in Milano, 1840, coi tipi Ronchetti e Ferrari.

(2) Cod. civ. di proc. franc. discusso nell' aprile 1806, art. 23, 24. — Editto imperiale austriaco 22 giugno 1825, notificato a Milano il 13 ottob. 1825, a Venezia il 15 stesso.

dicativa della *detenzione*, come atto sufficiente a determinare il possesso da mantenersi.

Qui è mestieri richiamarsi le teorie sulla detenzione, acconce al caso, esposte in questo trattato specialmente agli articoli III, X, XI, XIV, XV.

265 Astrattamente risguardata la detenzione può e deve bastare a mantenere in quella sorte d'istantaneo possesso, quale potrebbesi approvare, a toglimento di rabbuffi e disordini, da un'autorità politica; non mai a dare essere ad una sorgente di proprietà, capace, mercè il lungo possesso, di attribuire l'efficacia della prescrizione. A ciò certamente avvisava Maurizio Richeri, quell'archimandrita dei giurisperiti piemontesi, allorchè su tal punto scrivea = *quo detentio potius ad modicum tempus conceditur, atque ex levioribus caussis concedi debet, maxime si tumultus timeantur* (1): e così pure gl'imperatori romani (2) che dettarono = *Cum de possessione et* (ejus) *momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen ita sententia sortitur effectum. Ita tamen possessionis reformationem* (cioè la restituzione di quanto si è tolto momentaneamente) *fieri oportet*, ut integra omnis proprietatis causa servetur.

Il reputato pratico Chiesa pensava ed ammaestrava, mi parrebbe, doversi in certa guisa segnare una differenza tra il possesso sommario o sommarissimo, ed il momentaneo; cui non deesi annettere l'idea di possesso, ma distinguere colla nomenclatura di detenzione.

Secondo tale dottrina pertanto, se una legge disponesse intorno al possesso sommario o sommarissimo, non potrebbe già scambiarsi questo colla detenzione. Ove la legge abbia di mira precipuamente di prevenire le contese manesche, e quindi sia la

(1) *Institutiones universae civilis*, ec. Torino 1789 al § 4678.

(2) Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, legge unica del codice al libro VII, titolo 69. La qual legge il g. c. Baldo riassume come segue = *Sententia lata in possessorio etiam appellatione interposita, statim sortitur effectum: ita tamen possessio rafermatur, ut quaestio proprietatis integra servetur.*

legge di mero buon governo, il semplice detentore verrà momentaneamente protetto nel di lui possesso: ma se l'argomento di cotal legge presenti e richiegga i caratteri del vero possesso, non dee con superficialità il magistrato, in contraffazione delle suesposte teorie di jus comune, fondare su fatti di nuda detenzione, un decreto o sentenza mantenitrice d'un possesso spurio, esiziale alla proprietà di chi trovavasi precedente legittimo posseditore. Un giurisperito filosofo si asterrà da una supposizione esegetica, la quale avesse a tramutare un governativo editto, di natura provvidente, in altro di pericolosa ed arbitraria. L'attore che provoca in processura straordinaria la conservazione del possesso sommario, e che istituisce una spedita difesa del presentaneo proprio possesso d'una proprietà, d'un diritto minacciato o leso, non potrebbe darsi a credere radicata bastevolmente in diritto l'azione e domanda del suo avversario accompagnata in giudizio da un'embrione d'imperfetto apparente possesso, o, a meglio dire, da un isolato dimostramento di pura detenzione, non fiancheggiata da presunzioni, fatti e circostanze costituenti un indeficiente possesso legale.

È ripugnante a tutte le regole di diritto, di equità e ragione l'attribuire ad una pretta detenzione, ovvero ad atti facoltativi di famigliarità e tolleranza, il valore di spropriare di un dominio colui, che lo serbò in tranquillo possesso per lunga stagione; cui siavi per soprammercato unita la proprietà sull'ente principale, laddove si trattasse di servitù ed altri simili diritti, dovendosi tenere ognora per la libertà de' fondi.

Io mi penso che, massimamente sotto una legislazione, i cui termini, ad agitare le questioni possessorie, fossero brevi, si dovrebbe più facilmente respingere la istanza di chi insorge colla pretensione di farsi preferire nel possesso a fronte del proprietario più antico e posseditore anteriore al novello petente.

Possessio operatur plura commoda et privilegia, nam inducit praesumptionem anterioritatis actus, et melioris juris, ita ut actore non probante de sua proprietate et dominio, possessor sit tuendus in sua possessione.

266 Sarebbe cotesto il caso di un antico possessore contro cui si dirigesse da un preteso possessore recente l'azione possessoria, mentre apparisse dubbia la prevalenza dell'attuale possesso. Ragion vuole ed equità che i riguardi maggiori si adoperino a vantaggio del possesso più prolungato, ed in ispecie allorchè sia congiunto e mescolato col dominio diretto su cosa attinente alla disputa.

Il pubblico ordine non consente che il proprietario di cosa da altri posseduta, possa impadronirsene di forza, nemmeno disturbarne di suo arbitrio l'attuale possessore che ne viene presunto padrone.

Il pretendente a quel possesso dee rivolgerne la ricerca alla magistratura: e chi lo tiene legittimamente non ha che a dimostrare l'attualità del possesso per esservi mantenuto. In vano dal pretenditore verrebbe in quella sede di giudizio dimostro in modo irrefragabile di esserne egli il proprietario. Risponde la legge regolatrice del possessorio sommario, riputar dessa proprietario interino il possessore, e ne respinge il petente.

267 Cotesta turbativa si effettua di fatto, alloraquando si contende il godimento d'un diritto, v. g. coll'attraversare o rendere difficoltoso un passaggio, ovvero con artifici di fatto e di violenza si discaccia da una casa o si minora l'utilità di un terreno a chi il fruiva intero pacificamente (1).

(1) Amiamo particolareggiare alcune vie di fatto turbative del possesso = Scavi ed otturamenti di fosse destinate a ricevere scoli, immondizie e simili, a trasmettere acque, a vallar campi, a ricettare ghiaje e cose consimili = seminare, piantare, ingrossare, assottigliare, ingombrare, danneggiare ed alterare in qualsiasi foggia, non che scarpellare, scalfire, bucare, rompere, smottare, franare arginamenti, rive e sponde di canali conducenti acque = attraversare con rialzamenti e intoppi le correnti delle medesime = abbarrare, asserragliare, rendere alpestri, ineguali, scabrose le vie, i sentieri, i passaggi = esercitare qualunque opera ed atto di padronanza nell'altrui terreno e sulle altrui piante e produzioni = scompigliare apparecchi d'ogni genere per le irrigazioni, scommettendo, scompaginando, guastando gli apparecchi e gli ordigni

268 Avviene la turbativa di diritto, qualora abbian luogo adoperamenti giudiziali per frastornarne il tranquillo esercizio.

L' azione possessoria è il reclamo del diritto di posseder liberamente una cosa, come la si gode da più d' un anno, o d' un mese. È teorema legale, che la sola ritenzione di una cosa, accompagnata dall' animo di fruirne come propria, tiene vece nel posseditore di un giusto titolo insino a che non sia comprovata la mala fede. L'esercizio della quale azione temporanea si fonda sull'anteriore pacifico possesso di un anno, di un mese o d'altro prefinito termine.

Ne seguono per corollarj; che all' agente in giudizio possessorio sommario incombe l'obbligo di provare il possesso d'un anno o di un mese, secondo le varie legislazioni: che dall' epoca della turbativa, trascorso l' anno od il mese senza il promovimento dell' azione rintegrante, l' avversario resta provvisoriamente spossessato dei diritti di che godeva, i quali trapassano provvisionalmente in chi seppe impossessarsene.

La legge francese sopra citata, oltre al tempo di un anno, dispone che l' attore abbia (art. 23) *pacificamente ed a titolo non precario o per se stesso o per altri aventi titolo da lui*, posseduto: *titolo non precario* vale a significare che il suo possesso non sia radicato in una proprietà riposta presso altri. In tale ipotesi dileguerebbesi in faccia alla realtà d'un fatto contrario, la presunzione che sia proprietario il possessore. Così chi tiene a titolo di conduzione, di pegno, ha titoli precarj non atti a fondare azione possessoria: e quindi v. g. il precario passaggio per un fosso

stessi, siano in terra, legno, pietra, calce o metallo, atti a raccogliere, guidare e dare scolo alle acque e ripartirle = costruire nuovi vasi e bocche, innovare o sopprimere le esistenti = introdurre un nuovo transito e deflusso di acque, mediante opere, nell' altrui podere = l' incominciamento od elevazione d' un muro a vivo od a secco = la formazione di nuovi usci, finestre, cammini, forami d' ogni maniera e simili = nuovi appoggi od appicchi = demolizione e spiantamento = trasposizione di alcun oggetto da un luogo ad un altro e cose somiglianti.

di acque d'irrigamento non sembra attribuire la facoltà al concessionario di depositare, sulle sponde di quello gli spurgamenti dell'alveo.

269 Importante è l'avvertire, che, qualora la turbazione a pregiudizio di colui che possedeva da meno di un anno, siasi apportata da un terzo, il quale non fu giammai posseditore, ovvero che cessò di esserlo da più d'un anno, e per ciò sfornito dell'azione possessoria, non può questa venire da lui accampata. Se si adottasse un diverso principio, a cotesto terzo, spoglio di diritto di possesso, si appresterebbe modo, per sole vie di fatto, d'invadere l'altrui proprietà, mentre la legge non armerebbe di alcuna eccezione l'assalito per oppugnare l'attentato.

È esercitabile l'azione di doglianza *(action en complainte)* contro chi (fosse pure il vero proprietario) senza l'interposizione del giudice combatte e disagia il pacifico possessore d'un anno. Il potrà soltanto semprechè non sia il possesso sancito dal decorrimento d'un anno o qualsiasi altro termine prefisso dalla legge. Che se si tacque in così fatto interstizio di tempo, sendo investito della proprietà, può anche dappoi ripigliarla, chiedendola in giudizio petitorio.

270 La giurisprudenza francese, conforme alla comune, determina che nella controversia della pacifica possessione o del suo turbamento, non possa mai versarsi sul merito; che il possessorio non si accumula mai col petitorio; che chi agisce in petitorio o in possesso plenario, non è più ammesso a procedere in possessorio sommario, presumendosi ch'abbia a quest'ultimo rinunciato. Tuttavolta se il reo convenuto nel petitorio non avesse aderito alla petizione, o che non fosse intervenuto un giudicato di condanna, mancato il contratto giudiziale, l'attore, disertando dalla sua domanda in merito, avrebbe arbitrio di venire sul possessorio sommario.

271 In questo giudizio la questione di possesso da ponderare per preliminare sta nel vedere chi in quell'istante possegga: *illud tantum inspiciendum erat, quis actu possideret;* e vedere soprattutto che non si posseda attualmente, nè *per forza*, nè *clandestinamen-*

te, nè *precariamente: ultimum enim hic statum attendi debere explorati juris est* (7).

L'attore pertanto deve esibire la dimostrazione dei due seguenti requisiti: 1.° il possesso, o quasi, o almeno la ritenzione attuale, che diede occasione alla domanda: 2.° la turbativa promossa dall'avversario chiamato in giudizio, cioè una molestia di qualunque sorta, anche il solo ingenerato timore di non lasciare in pace chi tiene fra mani e in godimento qualsiasi cosa.

L'effetto del giudizio sommario è di far desistere dall'impugnato perturbamento, non già di far cognizione del dominio, il quale viene risguardato per il midollo della questione. Nel predetto giudizio è intento unico la difesa del posseditore o semplice detentore, disagiato ed assalito da un perturbatore.

Sopravvenendo alcuno degli emergenti sopra discorsi e denotati alla nota n. 6, onde ne patisca taluno detrimento nel suo possesso, o quasi, o nella fruizione di qualche immobile, uso, ragione o libertà, s'insinua ricorso al magistrato, cui spetta tal genere di giudizj: il quale, secondo le contingenze, si trasferisce, anche accompagnato da commissione di periti, sulla faccia dei luoghi a riconoscere in concorso dell'imputato la realtà ed i minimi termini precisi in che occorse la nuova opera, col divisamento di obbligare il suo autore a ridurre la cosa allo stato primiero antecedente, facendo sparire, ove fosse il caso, tutto ciò che intacca, peggiora e disserve ai diritti del ricorrente, ovvero a far rilievo di tutte le circostanze che possano giustificare l'opera querelata.

L'intervento dei periti può utilare quando torni opportuno il giudicare sugli effetti della nuova opera e della sua qualità. In fatti per ordinare il ristoramento deve apparire un reale pregiudizio.

272 Nel possessorio sommario i dottori propongono la questione se debba aver luogo l'applicazione del canone *redintegranda* contro il possessore di buona fede, al quale pervenne la cosa senza vizio di sorta; ed il dibattimento si conciliò nell'opinione più ge-

(1) Pratica legale di Torino del 1775, tomo terzo, parte seconda, pag. 194, n. 12, titolo XVIII.

neralizzata, *ut non detur tale remedium possessorium contra possidentem titulo et bona fide, ac habentem titulum a possessore titulato; sed contra eum agendum sit in petitorio* (1).

273 Egli è poi da accogliersi altra massima pratica di presso che generale osservanza, che *possessorium summarissimum et manutentio exigit leviores probationes:* poichè si tratta *de nullo vel modico* praejuditio *et reparabili in alio:* e che *possessio posterior in concursu antiquioris pruesumitur vitiosa;* poichè *titulum anteriorem habens praefertur in paritate possessionis* (2). Alla quale sentenza si conforma quella di Richeri nelle istituzioni al § 4673: *Probationibus utrinque aequalibus, potior est caussa antiquius possidentis, licet sine titulo, qui tamen prodest, si ejusdem temporis possessio allogetur; cum immo titulum habens plerumque praeferatur in possessione, licet juniore, atque titulus antiquior recentiori praevalet.*

ARTICOLO XXIII.

Principj di jus comune intorno al possesso sommario mantenibile e teoriche sul possesso medesimo.

274 Nella trattazione di questa materia il punto più arduo ed implicato si è quello di saper tra due possessi distinguere e separare gli estremi che li caratterizzano, per bilanciare quale di essi presenti più ragioni di venire preferito all' altro.

Io mi penserei che innanzi tutto si dovesse accogliere e dare effetto a quell' azione giudiziaria, fatta astrazione da titolo, la quale per sè stessa, applicata a due contemporanei possessi, avesse virtù di attribuire prevalenza all' uno piuttosto che all' altro per motivi di buona fede, diritto presunto di proprietà e di equità naturale. Così verbigrazia cotale diritto di preferenza tra due posses-

(1) Pratica legale di Torino, t. III, par. 2, tit. 16, n. 40, 42, 43, 44.

(2) Giovanni Francesco Andreoli *controversie forensi* = Contr. 176, n. 4, e Contr. 90, n. 8 e 9.

sori si apparterrebbe a colui che tiene la possessione civile di un podere o di un diritto reale; talchè minacciato questi di perdere la continuazione del possesso, vi andrebbe mantenuto, posponendo l' avversario, difettivo, comparativamente al primo, dei requisiti di prelezione. E tutto ciò va in accordo col principio di eterna giustizia, che debbasi dare a ciascheduno il suo, vale a dire concedergli ciocchè gli si aspetta per diritto e convenienza.

Noi supponiamo in questo ragionamento, che trovinsi a fronte due posseditori di un ente qualunque o fisico o morale, due individui chiedenti l' uso o godimento dell' ente medesimo, o il disuso e l' ommissione. La pretensione reciproca de' quali dipende da atti costituenti quell' azione che suolsi significare sotto la denominazione di possesso, giusta le dottrine esposte in questo trattato. Non si ha che ad apprezzare, nel confronto di entrambi cotesti possessi, l' intrinseca ed estrinseca importanza dell'uno e dell'altro per aggiudicare la prevalenza.

Da quest' ultimo esame scaturisce il possesso mantenibile, che i prammatici solevano denotare col vocabolo di *manutenibile*.

275 Acciocchè da tale giuridico e logico scrutinio ne discenda una fondata conclusione, cui dee esprimere la sentenza per il mantenimento dell' interina possessione, sarà mestieri porre sulla bilancia i fatti che accompagnano la controversia dell'attualità dei due possessori, cioè il vero e il valore delle circostanze, delle presunzioni e l' esercizio dei presenti e degli occorsi atti fisici, dal complesso de' quali deve originarsi il criterio del giudicante a profferire un retto giudizio che interini uno dei due nell' implorato possesso, salvo sempre il diritto alla parte pregiudicata in questo giudizio sommario di riportarne un più ponderato e giusto in altra sede (1).

276 Alla parte querelante poi, che si duole del sofferto turbamento di possesso, si aspetta primamente di far conoscere la consistenza del proprio possesso, mantenibile almeno provvisoriamente per

(1) Vedasi il § 347 del cod. civ. austr., il quale letteralmente, anche dopo una decisione in possessorio sommario, riserva di promuovere una lite *per supposto diritto più forte.*

disposizione di giurisprudenza. *Nei possessi dei beni stabili o dei diritti immobiliari, gli estremi da provarsi sono quelli stessi che servono a costituire il possesso garantito da prescrizione perentoria, talchè fra l' una e l' altra specie non v' ha che la differenza del tempo, salvo l' effetto finale adattato alla natura dell' uno e dell' altro. Quanto al tempo nei possessi provvisoriamente mantenibili non si può consultare fuorchè la disposizione positiva d'una legge.* Così dettava il Romagnosi: condotta delle acque, t. V, lib. III, parte I, § 7.

Egli è evidente che coteste teorie sono appropriate alla duplice categoria delle turbative di possesso, sì per ripigliare che per difendere il fatto suo. Alle quali, per minorare la imperfetta strettezza delle medesime, facciamo susseguire altri canoni legali e pratici insegnamenti.

277 In qualunque diritto reale suscettibile di prescrizione può aver luogo il possesso sommario annale, o sotto altre condizioni di tempo: non mai nei diritti imprescrittibili e nei possessi viziosi. In questi casi non è mantenibile il possesso; come, secondo la giurisprudenza francese, nelle servitù continue non apparenti, e nelle discontinue, siano o no apparenti: vi si richiede un titolo (1). Così pure è imprescrittibile il dominio delle cose che non sono in commercio: art. 2226 C. N., ed il § 1455 del codice civile austriaco, il quale racchiude un simile statuto ancora più esteso, scaturiente dal principio, ivi sancito, che oggetto di usucapione o prescrizione è tutto quanto si possa acquistare: nè è acquistabile una cosa fuori di commercio.

278 È poi vizioso ed inefficace il possesso manchevole della durata legale, o che non sia continuo, nè pubblico, nè a titolo di proprietà: art. 2229 C. N.: similmente è vizioso il possesso conse-

(1) Vedi gli art. 690, 691 del cod. napol. È però titolo, in grazia degli art. 692, 693 sussecutivi, la destinazione del padre di famiglia, la quale si verifica *quando sia provato che i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso proprietario, e che sieno da lui state poste le cose nello stato, dal quale risulta la servitù.*

guito con violenza, dolo, ovvero per intrusione clandestina o precaria: parag. 346, 1460, 1464 del codice austriaco; o procedente da atti meramente facoltativi e di semplice tolleranza (art. 2232 C. N.) equivalenti a quelli conceduti soltanto per favore (§ 345 C. C. A.). *Plura de possessione jure familiaritatis quod nullum jus tribuat, et ubi non est manutenibilis:* Sabelli, summa diversorum tractatuum, t. 3, p. 338, n. 34.

Per lo che dalle osservazioni sopra esposte si può dichiarare per esercitabile l'azione di turbato possesso contro quel possessore, che il tenga pregiudicato dalle mende sopra notate; e doversi all' opposto far rispettare in possessorio sommario colui che gode d' un possesso fornito dei succennati caratteri di possesso mantenibile.

279 A far valere cotesta natura di possessione giova, ad illustrazione dell' argomento, il tenere ognora presenti ed applicabili le qui in appresso professate dottrine e regole di diritto.

Quando siamo sturbati nel possedimento di un immobile o di un diritto reale immobilito; si dà opera all' esercizio dell' azione possessoria per allontanare gli effetti della tentata alterazione, e per essere raffermati nel godimento in corso. Allorchè ne siamo di già spogliati, chiediamo la reintegrazione.

Tali azioni si fondano: I. sul fatto di un possesso pacifico, pubblico, continuato per un anno o quel tempo che ingiunge la legge positiva: II. sulla turbativa o sullo spostamento o spogliazione della cosa nostra per vie di fatto patite e denunciate entro un anno o quel tempo prefinito dalla legge.

280 Si può compire il periodo del tempo prefisso, unendo il proprio al possesso del nostro autore in qualunque sia modo vi fossimo succeduti. In tutte le legislazioni antiche e moderne è ammessa l' unione di tal fatta nell' ordinaria prescrizione. L' uniformità dei principj consiglia l' uguale applicazione nei possessi sommarii. In questi per verità non si ravvisa che una frazione del possesso medesimo continuato per venti o trent' anni: è una continuazione dell' annale insino al compimento della lunga prescrizione. In quanto alla prescrizione d'un anno o consimile breve periodo, per

prescrivere durante il possessorio, basta aver tenuto la possessione esente da vizj, da interruzione *et animo domini*, nel giro di tempo succennato, in qualunque intervallo ciò avvenga pendente il corso della lunga prescrizione.

281 Nel campo del possesso sommario, ristretto fra puri atti possessorj, per norma generale, non si ammette la discussione sulla proprietà, riservata al petitorio, ossia al giudizio diffinitivo. Laonde vuolsi ventilato il nudo tema della possessione annale, o simile, ed in conseguenza esaminato da sè solo il fatto di tale possesso colla concomitanza de' suoi contrassegni proprj e più usitati.

Ma per converso venne osservato cozzare col buon senso e coll' equità naturale, che sia interdetta interamente la questione in merito anche riguardo alla produzione del titolo, mentre da soli atti possessorj non potesse emergere il legittimo possesso, al quale viene attentato, e che conseguentemente fosse giuocoforza di soggiacere al discapito di un dilazionato reintegramento nella tutela dei proprj diritti sino al momento della trattazione del petitorio.

A riparazione di così fatto inconveniente le più recenti legislazioni (1), ed i prammatici ammisero in generale la presentazione dei documenti comprovanti la causa dell' esercitata servitù o servigio qualunque, serbata alla parte contraria la ragione di eccepire ed escludere in petitorio quanto si reputasse di giustizia intorno ad una convenzione, ed accordato frattanto il possesso mantenibile. Di che nel corpo del digesto ne porge Ulpiano un esempio nella legge prima ai paragrafi 38 e 45, libro 43, titolo 20, dove si viene dagl' interpreti mettendo in rilievo l' espressione = *nec ad possessionem temporariam pertinet*, al § 45, legge prima; con che non si designava già la manutenzione, sibbene la *causa dell' interdetto* medesimo: vale a dire che quell' interdetto non veniva determinato da meri atti possessorj, ma giovato dal titolo; e coll' essere interdetto pretorio non arrecava che una *nozione am-*

(1) La risoluzione sovrana austriaca sul turbato possesso 22 giugno 1825 al § 6 avverte le parti dell' *obbligo che loro incombe di portare tutti i documenti... dei quali vogliono far uso.*

ministrativa, tutt' affatto provvisionale e preservante alle parti le ragioni tutte giuridiche.

282 La esibizione del titolo serve inoltre a far cessare la disputa se l' atto di possesso assuma il carattere di atto di mera tolleranza e favore; e fa le veci di prova del *non vi, non clam, non precario.*

283 La suprema corte di cassazione di Francia in un suo giudicato del 24 luglio 1810 (vedi la raccolta di Sirey, parte I, t. X) avvalorò siffatti dettami di giurisprudenza. Nè trapasserò sotto silenzio, che tale superiore decisione francese merita di essere accolta come gius comune, allorchè si consideri la opportuna separazione che introduce tra il fatto della esistenza di un titolo del valore giuridico dal titolo stesso da discutersi successivamente.

284 Se il posseditore abbia avuto in godimento la cosa per più di un anno, o per altro periodo stanziato dalla legge sui giudizi possessorj, non potrebbe venirne spogliato per vie di fatto reprensibili per atto giudiziario, atteso che la legge medesima, guarentendo l'attuale non vizioso possessore, ne disapprova l' arrecatagli turbazione.

285 Sarebbe soltanto lecita da parte di opera privata la interruzione di una servitù, anche palesemente e senza violenza esercitata, ogni volta che fosse affetta da *precarietà* legale o convenzionale.

286 Da tutto ciò si deduce esservi un possesso temporariamente protetto dalla legge: dal quale può rimovere la sola autorità del magistrato, senza però derogare ai diritti del vero padrone. La conservazione provvisoria in tale possesso è voluta dalla ragione pubblica sociale, inerendo alla somma utilità che deriva dalla guarentigia conferita agli attuali possedimenti, all'aspetto della verità esteriore e delle prove materialmente visibili di esercitato tranquillo possesso: al quale l' equità naturale acconsente la presunzione di legittimità. Sarebbe una sciagura dell'intera aggregazione civile il venir meno ad una pubblica comune malleveria di cotanta importanza. Ogni dominio ondeggierebbe in una perniciosa incertezza in mezzo alle minacce degli usurpamenti. A prevenire i quali disastri, posti i dati di una presunta legittimità, era mestieri con-

cedere a così fatta presunzione la virtù di meritare un' assicurazione temporaria.

Male comprenderebbero in tale soggetto le alte mire legislative coloro, cui allettasse abbracciare l'opinione, che debba il magistrato tener fermo qualunquesiasi istantaneo possesso di fatto senza accurato esame preventivo diretto a discostarsi dal sistema irragionevole e ingiusto di raffermare tutto quanto si rinviene operato. Cotesta illimitata supposta volontà della legge diverrebbe stromento bene spesso d' iniquità; perocchè darebbe con ciò speranza d' immunità da aggravj delinquenti alle scaltrite vie di fatto, alle nequizie delle frodi per usurpare e manomettere le cose e i diritti altrui. La interpretazione delle leggi non può sbrigliarsi al grado di reputarle promulgatrici di sinistri dommi pericolosi. Per opposto è giovativo e retto il pensare, che le leggi determinavano doversi i possessi, comunque rivocabili, salvare dagli attentati della malizia e cupidigia. Debbe giudicarsi un impossibile morale, che il diritto possa tollerare, meno ancora comandare che si presti il giudice a proteggere il maltolto, ad assistere le rapine a pretesto di assicurare i possessi di fatto riscontrati in avviamento.

287 Affinchè il possesso, ch' è l' uso del gius di proprietà sia meritevole, che accorra la legge a sostenerlo, egli è duopo che racchiuda tre elementi; una giusta causa di possedere qual padrone; l' intenzione di serbare cotesta veste; la ritenzione della cosa posseduta, il possesso cioè fisico naturale.

La giusta causa è il titolo dell'acquisto, ed, in quanto ai possessi sommarj, derivativo dalla prescrizione, circoscritta dalla legge a breve tempo, tempo accoppiato alla estimazione, desunta dalle circostanze precedenti e presenti degli avvenuti contratti, delle località, degli usi, delle viste di profitto e di convenienza; estimazione che faccia concepire, sopra argomenti conformi al verisimile, quale dei due contendenti in possessorio apparisca il più credibile e probabile padrone.

La intenzione, che è la determinata volontà di difendere la roba, e la coscienza di tenerla come propria.

La detenzione, la quale non dee restringersi ad avere la cosa

nudamente nelle mani, ma vi si comprenda congiunta la deliberazione di custodirla nella qualità di libero dispositore di essa. Senza la detenzione la volontà riesce vana, e sparisce il possesso.

Chi si abbatte nelle condizioni di un simile compiuto legale possesso, non può temersi rimovibile per private vie di fatto; e, ciò accadendo, vi dovrà essere ristabilito dalla magistratura, allorchè vi si trovi da un anno o da quel periodo di tempo fissato dalla legge; giacchè è principale diritto d'ogni proprietario d'essere presunto proprietario della cosa posseduta nei termini sovra esposti sino a che venga altri a rivendicarla come propria.

Contro un siffatto mantenibile possesso indarno si adopererebbe l'arbitrio, l'astuzia, la violenza: *spoliatus ante omnia restituendus est.*

288 Alcune vie di fatto sono esecutive della legge: queste si permettono quale esercizio di un diritto non contraddetto e certo, di conformità agli aforismi, *juris executio non habet injuriam;* l. 13, § 1, dig. *de injur.* libro 47, titolo 10 = e l'altro, *nullus videtur dolum facere qui suo jure utitur*, l. 55, dig. lib. 50, tit. 17. Si accuserebbe di massima troppo severa ed erronea quella di vietare qualsivoglia via di fatto, sebbene venga in astratto disegnata per atto di privata autorità contrario alle pretese e diritti altrui. E in vero è bensì ogni violenza una via di fatto, ma non già ogni via di fatto una violenza.

Il codice civile austriaco al § 19 interdice bensì il farsi giustizia da sè, ma ammette una necessaria difesa: il § 344 successivo dichiara, che *ai diritti di possesso quello pure appartiene di mantenersi nel suo possesso e di respingere colla forza conveniente la forza nel caso in cui tardi si otterrebbe il soccorso del giudice:* per ultimo il § 1321 autorizza cogli opportuni mezzi il discacciare dai nostri fondi i bestiami nocivi, ed anche l'oppignorarli per averne risarcimento.

Si potrebbero appuntare d'ingiuste e sconvenevoli le vie di fatto rivolte contro i possedimenti di chi li tiene da oltre l'anno o per altro periodo legale, presumendo la legge proprietario cotesto possessore.

Ove poi la via di fatto si pratichi da un terzo, cui non suffraghi nè diritto, nè possesso non vizioso, il posseditore molestato non è in obbligo di provare il possesso non vizioso, ossia l'annale = *adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet* (1). Appellasi qui viziosa la possessione che non data almeno da un anno, allorchè v. g. la prescrizione od usucapione del possesso si acquista entro l'anno. La possessione non annale essendo viziosa, torna inutile contro il proprietario o possessore rientrato nel suo possesso per mezzo di vie di fatto non opposte, ma sufficiente verso chiunque altro.

Sulla materia delle vie di fatto permesse, e delle illecite e riprensibili si può osservare alla sfuggita, in aggiunta al sopraddetto, contravvenire alle regole fondamentali dell'ordine pubblico colui, che turba o spossessa con vie di fatto senza alcuna necessità o motivo giustificabile, ovvero per apparente diritto qualsiasi, un possessore d'immobili o di diritti pareggiati ai medesimi; e quindi doversi castigare una così fatta contravvenzione. Deve poi certamente essere punita, quale attentato alla pubblica podestà, qualunque innovazione cagionata da vie di fatto nelle cose litigiose dopo intrapresa una processura giudiziale (2).

(1) L. 53, dig. lib. 41, tit. 2. Questa legge di Venulejo potrebbesi dire illustrata nel § 4, lib. IV, tit. 15 delle istit. giustin. Ivi direbbesi, che quando accade controversia tra due persone sulla proprietà d'una cosa, preliminarmente s'indaga quale dei due sia in possesso, onde fissare chi debba farsi attore per avanzare la regolare istanza di petitorio in confronto dell'attual possessore. Avvi un vantaggio nel trovarsi in possesso, che, quand'anche non aspettasse la cosa al possessore, vi si conserva nondimeno in possesso fino a che provi il pretendente la sua proprietà: *propter quam causam cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet.*

(2) Scrive Merlin nel suo *Repertorio* alla voce *Voie de fait*, § I, art. I, n. 2, citando giudicati = *Toute innovation causée par Voie de fait, dans les choses litigieuses, depuis le procès commencé, est un attentat à l'autorité publique, et doit être par provision punie et réparée, sans attendre le jugement de fond.*

Vedi inoltre l'opera del *Romagnosi, sulla condotta delle acque,*

289 Ma tra i punti importanti alla trattazione, che abbiamo fra le mani, necessita precipuamente il badare, che, secondo il jus romano, non può presentarsi possesso mantenibile provvisoriamente, quando non siasi verificato il requisito della scienza e pazienza del proprietario contro cui pretendesi di possedere.

Per la qual cosa in forza dell' editto perpetuo del pretore fatto compilare dall' imperatore Adriano non ogni atto materiale di possesso è mantenibile: ma lo è soltanto quello che *non vi, non clam, non precario* siasi proseguito per il corso di un anno precedente: vedasi il digesto al libro 43, titolo 20, *dell' acqua quotidiana e dell' estiva,* legge prima parag. 29 di Ulpiano.

290 Il Romagnosi al sito superiormente citato nella nota 5 del § 9 viene disceverando con un esempio i rapporti di diritto che si formano in virtù del suindicato editto perpetuo adriano = Pietro tiene un fonte nel proprio fondo = Paolo usò di tal fonte, traendone l' acqua a traverso del fondo di Giovanni senza nessuna formale concessione, nè a titolo perpetuo, nè precario, del medesimo Giovanni = Si domanda se Giovanni di propria autorità possa chiudere il ridetto canale aperto da Paolo, interdicendo a questi il passaggio del fonte. Poniamo che Paolo possa averne usato per un mese, e che lo provi; e provi parimenti che ne avesse scienza e pazienza il nominato Giovanni.

È manifesto che Paolo non può mantenersi nel possesso, durato meno del tempo prescritto dalla legge. Laonde Giovanni poteva impedire il passaggio dell' acqua senza incorrere in taccia veruna; come poteva pure impedirlo, ancorchè avesse Paolo per un intero anno condotto quell' acqua, ma non fosse questi riuscito a dimostrare che la condusse con scienza, pazienza ed adesione dello stesso Giovanni.

Il tempo dunque solo non basta, dice Romagnosi; ma si ricerca eziandio il concorso delle altre qualità formanti la base alla

t. V, dalla p. 13 alla pag. 64; vale a dire alla parte I, libro III, dal parag. primo al parag. undecimo inchiuso. Edizione di Milano, *tipogr. di commercio* 1824.

concessione del provvisorio mantenimento in possesso. La legge *non ravvisa in questi atti possessorj di puro fatto fuorchè atti occulti e precari contro i quali è lecito ad ognuno di difendersi.* In questo caso si applica la regola, *quae de facto fiunt, de facto tolluntur.*

291 Continua il Romagnosi ad istruirci, che il criterio positivo, per dar luogo alla regola stessa, consiste nel vedere quale sia il possesso provvisoriamente mantenibile dalla vegliante legislazione: e si ottiene l' intento studiando il tempo e le qualità che debbono per voler della legge concorrere a dare l' esistenza legale al possesso; senza le quali condizioni questo scompare.

Io qui aggiungerei, che la scienza, di che parliamo, può anco argomentarsi per induzione ogni volta che si raccozzino dati in buon numero per rendere siffatta presunzione prossima al vero.

292 Chiudo questa parte di ragionamento, rapportando il seguente canone giurista dell' immortale giureconsulto filosofo sunnominato = *La turbazione del possesso provvisoriamente manutenibile si verifica soltanto dopo trascorso l' anno* (secondo il jus romano e francese) *di un possesso esercitato con scienza, pazienza e libertà della parte contraria interessata.*

293 Intorno a fatti concernenti la introduzione od intrusione di una servitù passiva, il solo silenzio del padrone del fondo serviente non pare sufficiente amminicolo da consecrare l' addossamento di un consimile aggravio. Non può asseverarsi in buona logica legale, che col silenzio si trasmetta un diritto a colui che con vari colpi di mano s' impossessa del fatto nostro. Presso un magistrato sagace questi non bastano per indurlo a tutelare un possesso sommario.

Non si può prestare, logicamente e giuridicamente ragionando, un vero consenso sopra oggetto non determinato. Non si può riscontrare cotesta determinazione di un oggetto nel passaggio di un' acqua, la quale fluisca per certe ore, per certi giorni e stagioni dell' anno. Tacendo su tale scorrimento, non vi si consente per la perpetuità di tutta la massa di fluido, per tutte le ore, per tutti i giorni e le stagioni, allorchè ciò avvenga con varia vicissitudine.

Tutti i trasmessi ingorghi di acqua, potendo stare per sè e rispetto al volume e rispetto al tempo, ed essendo quindi variabilissimi, ambigui, confusi, non ponno certamente offerire i primi principi di una verace, ponderata, precisa adesione, riconoscitrice di una servitù, di un servigio.

I sopra denotati fatti dubbi, mutabili, incostanti, di fluido passante, pare non autorizzino la magistratura a pronunciare mantenibile il possesso sommario del decorso di acqua indefinita; quando bene il lungo uso non fosse venuto levando l'ostacolo dell'indefinitezza.

294 Le ora spiegate teorie si possono avvalorare con quella sentenza del Romagnosi = Se è vero il detto che nel *volitum quin praecognitum*, sarà pur vero che niente si potrà dire acconsentito, se prima non si pone in concreto ed in sodo la ragione o l'oggetto sul quale si ravvolge l'aderimento. Al che si arroge l'altro canone giurista, sancito letteralmente nei codici, che un atto meramente facoltativo è rivocabile a piacere; il che procede dal principio di verità naturale, non presumersi che alcuno voglia spogliarsi del proprio, mediante concessioni di semplice officiosità.

295 Giova qui, se non discutere, rimembrare almeno, che, giusta il romano diritto, va distinto il possessore titolato o quello munito di prescrizione perentoria, dal possessore annale mantenuto, ove non sia vizioso, provvisoriamente soltanto nel possesso.

Da tale distinzione ne segue, che il possessore definitivamente investito della pienezza de' diritti di costituita servitù, è libero di agire in tutto ciò gli utilizza, semprechè non faccia più pesante la servitù.

Riguardo al possesso annale la bisogna è affatto diversa in quanto che non si considera che mero *detentore interino della cosa quale si ritrova,* senza alcun potere d'immutarla menomamente.

Le stesse riparazioni vanno ristrette al vero e rigoroso bisogno della conservazione: e ne rendono i giureconsulti la ragione che si risguarda esso possessore interino quale *utente* temporario, non irrevocabile, traendo le sue facoltà da un puro fatto, e questo anche solo e specificato, ben lungi dall'adombrare l'ampiezza dei

diritti di un proprietario. Tale nell'argomento è lo spirito del romano diritto circa cotesti possessori provvisori, limitati a serbare esattamente lo *statu quo* dell' ente posseduto; e rispettati poi dai terzi quasi veri padroni con pieno diritto. Tutto questo si fa manifesto dall' editto perpetuo del pretore sopra menzionato. Ne sarebbero necessarie conseguenze, v. g. nel proposito degli acquidotti, di non potere in niuna parte alterare la condotta delle acque, nè i vasi. È letterale l' inibizione chiarita dal pretore in quelle parole: *dum ne aliter aquam ducat quam uti priore aestate:* Ulpiano legge prima nel proemio lib. 43, tit. 21 *de rivis* nel digesto; mentre l' utente padrone di un condotto, *quod vellet in rivo facere licere, dum ne domino praedii aquagium* (aquaeductum) *deterius facere;* l. 15, dig. lib. 8, tit. 3. All' utente in virtù di possesso sommario annale si nega insino l'arbitrio di praticare novità, benchè innocue, laddove non lo imponga necessità di mantenere l'acquidotto: saria per fino vietato il convertire un canale terreo in altro di cotto o di pietra.

Osserva il Romagnosi (opera succitata, libro 3, parte I, § 239, pag. 119, t. V) che nella materia qui ventilata, il jus francese è quasi perfettamente uniforme al romano; il che avvenir doveva per il motivo che le disposizioni di quest' ultimo *non sono che i risultati dei rapporti stessi delle cose,* colla sola differenza della misura del tempo e del genere delle prove. *Tutto ciò,* prosegue il legista profondo, *che, posti i principj naturali delle cose, si può filosoficamente dedurre, riguardar si deve come una conseguenza della ragion naturale.*

ARTICOLO XXIV.

Possesso sommario austriaco, secondo la sovrana risoluzione 22 giugno 1825 chiarita colle teoriche di jus comune austriaco.

296 Questa legge venne nel regno lombardo pubblicata colla notificazione 13 ottobre 1825; nel veneto del 15 ottobre stesso.

Concerne la medesima il turbamento d'ogni specie di posses-

so ed in particolare riguardo ai confini, acquidotti ed opere idrauliche.

La dizione di turbamento d'ogni specie di possesso abbraccia già gli effetti immobili non solo, ma eziandio i mobili. Reiterava lo stesso comando la patente imperiale austriaca 20 novembre 1852 relativa alla nuova norma di giurisdizione, attuata nel regno lombardo-veneto colla novella sistemazione dei tribunali e preture avvenuta il 2 novembre 1853.

Al § 54 essa dichiara letteralmente = *Le liti per turbato possesso tanto di cose mobili che d' immobili nelle quali si tratta soltanto di rilevare lo stato dell' ultimo possesso di fatto, e sulle quali dee procedersi in via sommaria, sono da promoversi innanzi quella Pretura* (anche urbana) *nel cui circondario avvenne il turbamento, e riguardo alle cose mobili, sino a tanto che queste non sono passate ad un terzo, possono promoversi pure presso quella Pretura* (anche urbana) *nel cui circondario la cosa si trova. Ciò vale anche in ispecie per le liti possessorie che risguardano i diritti d' acqua relativi a beni immobili.*

La sovrana risoluzione 22 giugno 1825 al paragrafo primo si esprime, che = Le questioni per turbamento di possesso sono di *esclusiva competenza* delle preture = Sembrerebbero quindi escluse per tale giudizio tutte le altre autorità, massimamente laddove si rifletta, che il § 7 della patente imperiale 22 dicembre 1851 attribuisce a cotesti giudizj civili siffatta giurisdizione, quando pure fra i collitiganti per turbativa di possesso si comprendano persone militari o l'erario militare.

297 Resterebbe a vedersi se le preture fossero investite di tale giurisdizione, ancorchè il possesso sommario si riferisca a materie cadenti fra gli oggetti di pubblica amministrazione, la cui decisione sia riservata alla podestà politico-amministrativa. Certa solamente è la disposizione dell' aulico decreto 10 ottobre 1834 emanato dal senato del supremo tribunale di giustizia in Verona, mercè il quale la suscitata questione di competenza si decide in tale giudizio cumulativamente al merito, non essendo applicabile il dettame della preliminare eccezione sancito dalla sovrana risoluzione

29 agosto 1818, semprechè le preture sieno persuase della loro competenza.

298 La legge austriaca sul possessorio sommario sembra assai acconcia a prevenire i disordini, che l'avidità o la inclinazione alla soperchieria sogliono talora generare. Lascia quella molto arbitrio al magistrato; ma per ciò stesso è di gran momento che egli abbia approfondato le proficue mire legislatorie, onde il largo potere *discrezionale* affidatogli si contenga nei confini della saggezza e giustizia.

I privati contendenti, che abbisognano di funzioni ristoratrici e difensive apprestate da quella legge, dovrebbero con ponderazione discernere tra gli occorsi casi, quello in cui una prudente tutela dei propri diritti, ammessa dalle discipline di buon governo, (§ 19, § 344, § 1321 C. C. A.) non può vietare certi atti istantanei riparatori bensì, ma scevri da ingiuria e provocazione; ed il caso in cui debbasi chiedere l'assistenza del magistrato preposto a cotesti processi sommarii, anzichè all'ordinario.

L'ordinanza legislativa sulla quale ora discorro, alla potestà pretoria, eretta in giudizio straordinario, commise l'ufficio d'intervenire per mantenere il cittadino, che ne venisse sturbato, nel godimento di un diritto reale, o di restituirnelo da che ne sia seguito lo spoglio: la qual cosa si ottiene mediante l'esercizio dell'azione possessoria o di reintegrazione. Lo scopo finale in ambo i casi è di far cessare il turbamento o incominciato o compiuto. L'esito della pronta temporanea determinazione si è il ristabilimento delle cose nello stato primitivo. S'impetra nel periodo di trenta giorni dalla promossa querela od operata novità ingiusta, mediante la sollecita processura del possesso sommario: trascorso questo termine, colle forme dell'ordinario processo giudiziale.

Ragioniamo del possesso sommario disciplinato dall'editto imperiale 22 giugno 1825.

299 Al § 5 il legislatore ne premunisce, che *trattasi puramente dell'indagine e della prova materiale dell'ultimo possesso di fatto, e del turbamento relativo.* Tuttavia sembra potersi pensare, che quel fraseggiamento di *ultimo possessore di fatto* non valga ad

alludere ed adombrare un colpo di mano, una sorpresa, un' opera dell' istante, della congiuntura, della scaltrezza, a solo pregiudizio inscampabile di chi la soffre.

Il possesso, di che ragionevolmente può ciascuno credere essersi occupato il legislatore, non dovrebbe consistere in una pretta detenzione materiale soltanto, ma piuttosto doversi sopravvedere che vada questa fornita, se non degli squisiti caratteri del perfetto possedimento, suscettibile d' indurre l' usucapione, almeno delle apparenti qualità civili e dell' esercizio di tali atti da rendere verisimile il proposito di possedere per sè coll' abito di proprietario, *animo sibi habendi*, ed in foggia palese ed esplicita da far presumere l' assenso di chi rimane pregiudicato. Con una tale scorta di possesso, così corredato, si potrebbe per avventura difendere l' acquisito possesso, respingendo la querela di averlo altrui tolto e turbato. In allora sarebbesi soddisfatto alla condizione di possedere *nec vi, nec clam, nec precario.*

300 Il legislatore austriaco, accennando nel § 2 che può profittare di quel giudizio possessorio *chi fu illegittimamente privato del possesso*, e nel § 10, accennando la preferenza da darsi a chi abbia il *possesso non vizioso*, viene essenzialmente ponendo per base dell' azione di turbato possesso un fatto costituito da tali elementi morali e giuridici, da meritare di venire mantenuto temporariamente dalla legge personificata nel magistrato. E per verità a chi darebbe l' animo di sostenere essere divisamento legislativo di prestare protezione, e conferire autorità d' interino possesso a quello conseguito per opera riprovevole o pel modo o pel fine? Allorchè il legislatore nella sopraddetta legge impiegava la parola di *possesso di fatto*, accompagnavala dalla citazione dei paragrafi del codice civile nel capitolo sul possesso; con che additava aversi a chiarire con quelli il suo concetto.

301 Al § 309, compreso nel capitolo *del possesso* citato intero nel proemio della sovrana risoluzione, è diffinito il possesso l' avere *una cosa in suo potere con animo di averla come propria:* altrimenti la qualifica *detenzione.* Il consigliere aulico *Zeiller* nel commento avverte « essere il possesso la base dei diritti alle cose e il

» fondamento dell' acquisto dei diritti sulle cose = distinguersi il
» possessore dal mero detentore, che tiene la cosa sotto il suo po-
» tere fisico in guisa ch' egli ne possa esclusivamente disporre,
» non avuto riguardo alla circostanza se vi abbia diritto, od abbia
» soltanto la volontà di disporre come di cosa propria; a tal che,
» prosegue l' insigne giurista, il possessore è anche detentore di
» una cosa, ma per lo contrario ogni detentore non è anche nello
» stesso tempo possessore, ed egli si suol chiamare semplice *de-*
» *tentore.* » Gli è vero che lo stesso autore al finire di questo stesso n. 3 asserisce: *se il detentore è cotanto di mala fede di voler conservare la cosa come propria e di comportarsi come vero proprietario, ne diviene possessore, benchè illegittimo.* Io crederei potersi opporre al famoso legista il § 319 del medesimo codice austriaco, il quale pone in sodo, *che il detentore della cosa non ha diritto di mutare di propria autorità la causa della sua detenzione, e di arrogarsi in siffatto modo un titolo:* = *Neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse;* l. 3, § 19, digesto libro 41, titolo 2. — Laonde se la legge vieta ciò, sarà a fronte di lei di niuno effetto il mendicato titolo; titolo *illegittimo,* quale lo appella lo Zeiller; quindi nullo, quindi chi il tiene non sarà possessore che in senso volgare, e resterà ognora col legale carattere di detentore, non mai qual *possessore di fatto* fin qui inteso denotato dal § 5 e 15 della grida 22 giugno 1825.

302 Gli scrittori di diritto ci disegnano le vie di fatto per azioni, che feriscono i beni e talvolta contrariano le pretensioni di un terzo intorno alla possessione di un oggetto: e più generalmente ci annunciano, nella denominazione di vie di fatto, degli atti eseguiti di proprio individuale arbitrio con millanteria di supposti diritti contrari a quello degli altri. Cotesti enunciati fatti di fatto si diano anche per ipotesi immuni del vizio di violenza. Non pertanto sarebbe pensamento immorale l' attribuire ai medesimi un certo valore giuridico senza internarsi a conoscere, se nella consumata nuova opera siasi intruso alcun che d' ingiusto, cioè d' illegittimo e di vizioso in faccia alla legge, che esercita una censura

generale sugli atti umani e sociali per farne emergere il benessere di tutti, moralizzandone le azioni.

503 Si è notato superiormente, che la scandagliata ordinanza racchiudeva l'onesto pensiero al § 2 di non fare abile al ricorso per turbativa di possesso se non colui che fosse stato *illegittimamente* privato del possesso medesimo, o non lo avesse disgiunto da vizii. Ritorniamo sul testo letterale della predetta grida. Non mi s'imputi di prolissità in un accignimento arduo in sè stesso, e quale assunto di scambiare una opinione generalizzata, una esegèsi forense sinora incontrastata.

Il ricordato § 2 della memorata ordinanza si rapporta a parecchi paragrafi del codice civile vegliante, tra quali al § 345 e 346.

Il § 345 comincia a porre il caso: *se alcuno s'intrude nel possesso.* Si abbadi alla voce *intrudere*, italiana, denotante lo spingersi dentro, ficcarsi dove non si dovrebbe. Consultando l'avvocato *Gioachino Basevi*, quel dotto intelletto sì benemerito delle nostre discipline legali, nelle famose sue annotazioni pratiche al codice civile austriaco, all'anzidetto paragrafo, erudito com'è nella lingua tedesca, vien riflettendo, che l'originale *durch bitte* significa ancora meglio della voce *precariamente* l'idea di cosa ottenuta per preghiera, e che l'avverbio *heimlich*, cioè *clandestinamente*, si riferisce tanto alla introduzione nel possesso per mezzo di dolo, che a quella per mezzo di precario. Laonde il mio ragionamento pare riceva conferma dal testo genuino dell'ordinanza imperiale, in cui innestossi il § 345 antidetto. La quale affermazione non dovrebbesi tacciare di temerità, giacchè le dottrine del codice civile allegate a corroborazione di questa stessa ordinanza, non può darsi a crederle intromesse oziosamente, bensì perchè conseguano una pratica applicazione.

Ciò posto, proseguiamo innanzi nello scrutinio del ridetto paragrafo, il quale, esordendo coll'avvisare ai possessi intrusi, ammonisce il giudice circa il dovere di esaminare l'intrinseca natura del fatto costituente una sembianza di possesso. Indi prose-

guendo a regolare con norme la materia, passa il legislatore a caratterizzare per illegittimo il possesso e ad accagionarlo per vizioso e di mala fede, qualora sia doloso o precario.

Si reitera l'osservazione intorno al tenore dell'editto suindicato al § 2, che si trascrive letterale = *Chi ha sofferto pregiudizio nel possesso d'una cosa o di un diritto, ovvero chi fu illegittimamente privato del possesso stesso, deve tosto ed al più tardi entro trenta giorni continui, da computarsi dal giorno in cui avrà notizia del turbamento, chiedere e spiegare con precisione la sua domanda* (cod. civ. § 339, 345, 346, 347 ed 851). *Dopo la scadenza di questo termine il possessore che si asserisce turbato dee appigliarsi all'azione possessoria nella procedura ordinaria.* In questa disposizione resta dunque statuito, che dee sommariamente provarsi la privazione e il turbamento *illegittimo* del possesso: resta statuito per conseguenza, quale condizione imposta dalla legge, che chi patì spogliatura od intacco nel suo godimento e possesso per altrui fatto illegittimo, possa impetrare rintegramento in possesso sommario, le cui forme, brevi e celeri, sono stabilite nell'imperiale bando predetto. Per lo che scende spontanea ed indeclinabile l'induzione, che mirò la legge all'adempimento del requisito della riscontrata illegittimità della nuova opera od azione, mercè la quale l'avversario si collocò in aspetto di possessore di un oggetto, o quasi possessore di un diritto o di una servitù attiva. Il quale riconoscimento, da farsi dal giudice, diventa il perno regolatore del giudizio.

304 Ma al magistrato in processo sommario altra incombenza si aspetta additata nel § 346 del codice civile da eseguirsi come ordinazione aggiunta al § 2 dell'editto sovrano.

Il ridetto § 346 prescrive chiaramente, che *contro qualunque possessore vizioso si può proporre l'azione tanto per la ripristinazione nello stato primitivo, quanto per la indennità.* Quale sia il possesso vizioso, lo definisce il § 1464 del codice civile anzidetto. Anche nel § 10 della più volte menzionata risoluzione sovrana, in consonanza colla diffinizione del possesso vizioso preno-

minato, si fa indirizzo all' attenzione che il giudice debba portare sulla qualità del possesso vizioso o non vizioso.

È dunque ripetuta intenzione dell' ordinanza ora esaminata, che il giudicante in sede di possesso sommarissimo versi ad investigare, non già solamente sul nudo fatto materiale di chi da trenta giorni abbia fra le mani una cosa, o si avvantaggi di un servigio sull' altrui fondo, ma estenda inoltre le investigazioni a depurare da qual parte contendente risieda il possesso conforme all' equità ed alla legge, il possesso cioè incensurabile, valevole a fondamento per il richiesto *possesso di fatto*. Cotale iterato intendimento fu posto in vista nel proemio medesimo dell' editto 22 giugno 1825 colla lucente manifestazione concepita nei seguenti termini.

305 *Per provvedere onde nelle questioni per turbamento di possesso d' ogni genere ed in particolare riguardo ai confini, acquidotti ed opere idrauliche, in quanto esse spettano alla sola giurisdizione civile, sieno messi in* PRATICA ESECUZIONE *senza bisogno di lunghe procedure i* RIMEDI DI DIRITTO *e le determinazioni del giudice* PRESCRITTE DAL CODICE CIVILE GENERALE *ed in ispecie* NEL PRIMO CAPO DELLA SECONDA PARTE *a difesa del possesso minacciato, ovvero per la restituzione del possesso turbato, S. M. I. R. A., mediante sovrana risoluzione 22 giugno 1825 si è degnata di prescrivere a norma comune delle parti e dei giudici* LA SEGUENTE PROCEDURA SOMMARIA (1).

Nè si coltivi il dubbio che speciali indagini e norme di giudicare sieno disposte nella processura straordinaria del possesso sommario, diversificandole, allorchè si dia di piglio, varcati i trenta giorni, alla forma ordinaria del processo civile. Si legga ponderatamente il surriferito § 2 del bando imperiale, e si rimarrà convinti non aver questo ordinata una peculiare giurisprudenza di merito per la trattazione del possessorio colle formalità abbreviate straordinarie del giudizio di turbato possesso, ammettendo la giu-

(1) Si pone in fine dell' opera la notificazione *sul possesso* 13 ottob. (e 15 ottob.) 1825.

risprudenza comune di giudicare unicamente allorquando si divenga a discutere il possessorio (dopo i trenta trascorsi giorni) colla processura ordinaria giudiziale. Non crederei che la legge 22 giugno 1825 divisasse di trarre ad altre ricerche e norme il giudizio nella procedura ordinaria, quasi rimutando la posizione legale della controversia e dei litiganti. E in vero, potrebbe dirsi, non v' ha ragione che ciò avvenga; non è dichiarato espressamente; non debbe sottintendersi = Non il primo, giacchè la legge espone unicamente, che il dolente per turbativa di possesso potrà esperimentare l' *azione possessoria nella procedura ordinaria*, trascorsi che sieno i trenta giorni; nè altresì è lecito, nell'applicare la legge *di attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole;* § 6, Cod. civ. austr. = Non il secondo, dappoichè la interpretazione di una legge, giusta i noti canoni esegetici, dee farsi in guisa, che ogni sua parte sia tra sè consonante; che quanto segue si accordi col precedente; che sia la legge un tutto insieme armonico. Una contraddizione di principii in una medesima dettatura legislativa, è una stranezza da non presumersi. Devesi pertanto intendere una ordinanza governativa, mettendola in accordo co' suoi stessi principii, e facendo sì che questi concordino coi dettami dell' inalterabile giustizia ed equità. Non è accettabile una interpretazione che meni a conseguenza indebita. Il che forse talora avverrebbe, ove si volesse tenere ferma anche istantaneamente, la *detenzione* di un oggetto evidentemente appropriatosi non solo con dolo, con rapina o truffa, ma pur solo operando sorpresa, o per viste remotamente subdole. Tutti si accorgono e sentono cozzare colla ragione e colla probità il sancire una occupazione carpita con fatti di fatto, i quali imbarazzano il soperchiato, per lo più o disattento, o di buona fede. È una fallace interpretazione cotesta di qualificare, per dogma positivo di legge, possesso di fatto *manutenibile* qualunque siasi usurpazione od atto di famigliarità. Ogni interpretazione che propenda per la mala fede è pericolosa.

306 Circoscritto fra le massime suesposte il raziocinio dichiarativo della legge austriaca sui possessi in processo sommario, non

è malagevole, pare almeno, di recare in prospetto vantaggioso l' opinione opposta all' adottata nel nostro foro.

L' ordinazione sovrana 22 giugno tende saggiamente a prevenire le brighe e gli scompigli cagionati dalle invasioni negli altrui possedimenti e diritti. Ad esempio di tutte le legislazioni antiche e moderne, istituendo, nelle questioni possessorie, una processura straordinaria, appellata sommaria, distinta dall'ordinaria, si venne ad emanare l'editto predetto collo scopo di apprestare per certi casi un giudiziale metodo spicciativo, senza vincolare gl' interessati ad attenersi a questo piuttosto che all' ordinario, e senza svestire l'attore e il convenuto in possessorio sommario delle facoltà di provvedere in progresso ai propri vantaggi, riproducendo la causa stessa in sede di procedura ordinaria.

307 Gli è ben presumibile che il compilatore di quella ordinanza si astenesse dall' offendere le eterne regole di equità e di ragione, e che all' opposto abbracciasse le antiche e più recenti costitutive nell' argomento una pratica giurisprudenza (1); e segnatamente quelle che saltan fuori dal capitolo primo, parte seconda del vigente codice civile, richiamate nel proemio e lunghesso il testo della grida cesarea.

Cotali disponimenti del codice civile, dichiarati espressamente

(1) La notificazione 13 ottobre (o 15 ottobre) sul turbamento dei possessi è sostanzialmente simile alle ordinazioni dell'art. 66 al 74 della legge italica 14 aprile 1804 sul *Metodo giudiziario civile*, rimasto fra noi in esecuzione sino al 14 ottobre 1806. Quel codice civile di procedura fu disteso da giuristi versati nelle pratiche e nelle leggi che dominavano nell' antica Lombardia austriaca all' epoca del ducato di Milano; onde ne venne composto un regolamento di procedura giudiziale nella maggior parte uniforme a quello vegliante attualmente nel regno lombardo-veneto. In quelle disposizioni, che forse non passarono ignorate ai redattori dell' ordinanza imperiale 22 giugno 1825, avvi un capitolo sulla materia del possesso sommario o sommarissimo, dove è stabilito, che il giudice conosca il titolo a cui si appoggia la domanda della ripristinazione (art. 66), non che i fondamenti addotti dal reo convenuto in difesa della novità praticata (art. 67, 68).

parte integrale dell' intero testo della sovrana ordinanza, due prescrizioni pongono in evidenza — L'una (del § 346 cod. civ. aust.) che contro il possessore vizioso si può ottenere il decreto di ripristinazione nello stato primiero = l' altra (dell' antecedente § 309) che non è a confondersi il *detentore* col possessore. Ond' è ch'esso editto al § 5, allorchè avverte di vegghiare che *trattasi puramente dell' indagine e della prova materiale dell' ultimo possesso di fatto e del turbamento*, non interdice, anzi ammette *un possesso di fatto* da dimostrarsi *colla prova* materiale. Le quali frasi se generano alquanto di complicazione, era questa dissipata colle razionali e giuridiche considerazioni sopra esposte: e per la prima, mediante la diffinizione del possesso nel senso legale.

308 Ho osservato superiormente, che il detentore non può di sua volontà tramutarsi in possessore : ora ricordo, che pel § 326 del codice austr. è possessore colui che per *motivi verisimili crede sua la cosa che possiede.*

Che se i sostenitori della contraria tesi soggiungessero essere per la letterale ora addotta disposizione risguardato per possessore anche quello che tiene in mala fede, ancorchè notato come *illegittimo;* se tuttavia si duri a contrariare il canone giuridico, che l' espressione di *possesso di fatto* conserva sempre in sè l' idea di possesso, che dee reputarsi accompagnato da buona fede, altrimenti degenera in usurpazione, violenza, furto; e si pensa quindi irretrattabile il senso fin qui attribuito al § 5 della rimembrata ordinanza, il quale vuolsi che nella voce *possessore* comprenda quello eziandio viziato di mala fede: noi ad avvantaggiare terreno
309 (in senso nostro almanco) verso la meta d' una più retta interpretazione della risoluzione imperiale, che andiamo scandagliando, chiameremo al soccorso della nostra opinione un *Romagnosi*, il filosofo giureconsulto d' Italia nel secolo decimonono, col rapportare in epitome qui in appresso quanto egli stampò sull' uguale argomento.

La legislazione austriaca, in proposito di possesso, non prefinisce, come la romana e francese, un tempo qualunque, dopo il quale sia d' obbligo mantenere il possesso.

Non dimentichiamo dalla risoluzione sovrana predetta essersi chiamati in osservanza tutti i paragrafi del codice civile intorno al possesso, parte seconda, sezione prima, capitolo primo.

Osserva il Romagnosi, che il § 339 vieta di turbare un possesso qualunque; ed il § 346 successivo dello stesso codice ammette l'azione reintegrativa contro qualsivoglia possessore vizioso.

Dal riavvicinamento di cotali due disposizioni risulta: 1.° che le vie di fatto sono dalla legislazione austriaca proibite contro qualunque possesso: 2.° che il molestato da atti viziosi si difende coll' invocare l' intervento dei tribunali, salvo l'urgenza preveduta dal § 344 dello stesso codice, limitata dal § 19.

Le qualità dell' atto vizioso sono additate puntualmente dai parag. 345 e 1464 del c. c. a. È tale l'atto d' impadronirsi di una cosa con violenza, o dolo, o clandestinamente, o possedendo precariamente soltanto, o tentando di cambiare in diritto perpetuo ciò che si ottenne *per favore* senza assumersi veruna obbligazione permanente.

310 Non è mantenibile il possesso che rechi l' impronta di alcuno dei vizi antidetti.

Per lo che nel possesso sommario austriaco non si concede al magistrato la facoltà di mantenere in una possessione presa *per un colpo di mano* senza opposizione: mentre avviene l' opposto nella giurisprudenza romana e francese, le quali tengono fermo simile ammanimento possessorio; purchè sia stato pubblico e tollerato per un anno almeno. *Imperciocchè* (1) *nessun termine è stabilito nella legislazione austriaca, decorso il quale un possesso diventi manutenibile, e perchè nessun possesso vizioso, sebbene sia palese e tollerato, com' è nella precarietà, può essere provvisoriamente manutenibile* (2).

(1) Romagnosi nella *ragion civile delle acque*, t. 3, parte 2, capo XI, sezione IV, pag. 456, vol. 18. *Della biblioteca agraria, Milano per Stella* anno 1835.

(2) Vedremo in seguito quanto determina la risol. sovrana 22 giugno 1825, § 2, intorno al reclamo entro trenta giorni = *Articolo* XXV.

311 Prosegue il Romagnosi ad avvertire, che l'azione possessoria in virtù del § 313 del cod. civ. aust. si acquista nei modi seguenti:

312 I. « Se alcuno esige da un altro una cosa come di obbligo, e » questi realmente gliela presta. »

Una domanda semplicemente fatta non conterrebbe la condizione dell' obbligo; per cui la concessione corrispondente ad una pretta inchiesta presenterebbe il sembiante di precario rivocabile a piacere del concedente. Onde chi assentì un possesso per cotal guisa, è libero di chiedere la ripristinazione nello stato primitivo a tenore del § 346 del cod. civ.; ed il concessionario non può pretendere di essere conservato in possesso sommario. È di necessità che quest' ultimo sostenga la sua dimanda di possessorio, dimostrando avere chiaramente e positivamente asserita e manifestata da principio la intenzione di usare d' un proprio diritto nel chiedere la prestazione in contesa, e che al proprietario interpellato fosse nota la pretensione del petente. I due requisiti dunque da provarsi adempiuti sono la pretesa e la corrispondente scienza. Mancando la relativa prova, il possessore si reputa precario.

313 II. Il secondo mezzo di acquistare l'azione possessoria di una servitù, giusta il § 313 sopra detto, consiste « nell' impiegare in » proprio vantaggio la cosa d'altri col di lui consenso. »

Qui dunque non si parla di obbligazione altrui, siccome padrone della cosa addomandata, ma di usare della medesima coll' assentimento del padrone. Nel caso precedente si tratta di consegna a titolo di piena padronanza di una cosa; in questo a titolo di consenso già compiutamente prestato di farne uso. Questo consenso dee essere provato. Non può il consenso arguirsi da una semplice tolleranza di uso e di possesso, ancorchè non clandestino, nè contraddetto. Non è sufficiente l' induzione di un consentimento. Questo vuolsi verace, positivo, benchè sia solamente tacito; vale a dire il consenziente debbe conoscere realmente la natura ed estensione dell'atto, sul quale può versare l'assenso.

Qualora si trattasse d'impiego d'acqua altrui, arrogatasi da un terzo in proprio particolare vantaggio per un discreto intervallo di tempo, è mestieri comprovare, che il proprietario dell'acqua era con-

scio del profitto che altri ne traeva, e che vi prestava il suo consenso di tal fatta maniera da approvarne cotale conferito godimento. Sarebbe stata insufficiente la cognizione e la tolleranza di siffatto uso dell'acqua; perchè, scrive Romagnosi, altro è *sapere*, altro *acconsentire*, altro *tollerare*, altro *concedere*. L'applicazione della regola, che *niuno si presume voler gittare il suo*, non si può escludere, che mediante prove dimostrative che un tale assenti ad un fatto a lui pregiudicevole.

Per le quali considerazioni devesi inferire dal citato § 313, che la legislazione austriaca risguarda per una via di fatto riprensibile, da potersi rintuzzare con un giudizio possessorio, un uso, una pratica qualunque, seguita a danno di un proprietario, al quale uso e pratica non siasi prestata palese, certa adesione.

314 *Romagnosi* per dilucidare vie meglio questa materia del possesso mantenibile o no, finge tre modi diversi di pigliare col fatto possessione di cosa altrui = 1.° modo; quello di prendere possesso malgrado il contrasto della parte interessata in contrario; 2.° di prenderlo per un colpo di mano sulla cosa, vale a dire senza violenza od opposizione di persona, sia in presenza, sia assenza del padrone od interessato, senza di lui contrasto; 3.° d'intraprendere l'uso della cosa medesima col vero consenso del padrone, od interessato.

Afferma *Romagnosi* non ritenere la legislazione austriaca che cotesto terzo modo, escluso assolutamente il secondo, compiuto con destrezza senza contrasto del padrone, e quindi questa seconda foggia d'impossessarsi non potersi mantenere nemmeno provvisoriamente, ma doversi in vece, dietro doglianza del possessore originario, espellere dall'uso intrapreso.

315 L'usatore per colpo di mano semplicemente tollerato, giusta la legge austriaca, va riposto nella categoria dei possessori viziosi, o almeno non mantenibili neppure per interim. Un possesso tollerato parmi potersi equiparare al precario, qualificato per vizioso dal § 1464 del cod. austriaco, e per illegittimo e vizioso dall'antecedente § 345 qualificato il possesso *conceduto soltanto per favore*, che io giudicherei confondersi col possesso tollerato e precario.

Continua Romagnosi ad asserire, che nel jus austriaco il nuovo possessore per colpo di mano non può essere espulso per privata autorità (salvo un danno irreparabile) (1), benchè sia vizioso, ma bensì per decisione del magistrato, quando bene non riuscisse a far constare, o della seguita *prestazione* od *adesione* memorata nel sopra scrutinato § 313. Tutto questo si verifica nel periodo della lunga prescrizione; cioè nel sistema austriaco, a differenza del romano e francese che il restringe ad un anno, si possono istituire ed esercitare azioni possessorie prima dello spirare della perentoria prescrizione ed usucapione: non mai laddove concorrano le condizioni della prestazione consenziente od una concessione positiva (2).

316 Ma qui accade di portare una scrutatrice occhiata, che penetri oltre l'apparenza dell'atto di possesso o di uso. E in vero, cotesto possesso od uso può soffrire alterazioni dalla primitiva sembianza del fatto per eccezioni di *errore*, di *falsa causa*, di *diritti mutati;* vale a dire, che mercè tali eccezioni e variazioni nel merito del fatto, il nostro assenso espresso o tacito può discordare dalle nostre concessioni, di cui al soprallegato § 313; e da ciò ne conseguita la vacuità del consenso, e la rivocabilità dell'uso accordato di un possesso.

317 Che se l'assenso e la concessione, fondati nel § 313, partissero non dal vero proprietario, venendo meno il titolo della prestazione e concessione fatta all'utente, quest'ultimo perde il gius al possesso per l'assioma legale, che col cessare il diritto di chi dà, cessa anche il diritto di chi riceve. In questo caso però l'utente di buona fede dovrebbe essere provvisoriamente mante-

(1) Questo caso di eccezione non può aver luogo che per mantenersi in possesso, non nel caso di ripristinazione nel possesso.

(2) Giova qui il rammentare, che il § 2 della sovrana risoluzione austriaca 22 giugno 1825, riserva al turbato nel possesso l'esercizio dell'azione possessoria anche scorsi i trenta giorni, purchè si appigli alla *procedura ordinaria.*

nuto nel posseso sino a causa decisa in petitorio sull'uso della cosa *prestata* o *conceduta*.

318 In quanto all' unione de' tempi negli argomenti di possessorio la legislazione austriaca differisce dalla romana e francese. Ne arreca il Romagnosi il seguente esempio.

Pietro ottenne per concessione obbligatoria o libera a tenore del § 313 del cod. civ. un passaggio d' acqua pel fondo altrui a beneficio di un proprio prato, che alcuni giorni appresso vende a Paolo. Secondo il jus romano e francese, Paolo deve unire il possesso proprio a quello di Pietro per riuscire sino all'anno compito dopo il quale può conseguire la provvisoria conservazione del possesso. Ma, secondo il gius austriaco, il possesso di Paolo per un solo giorno in testa propria vale quanto quello di più anni, purchè sia stato acquisito tale uso nei modi stabiliti dal § 313 preindicato. Figurando adunque un secondo, un terzo successore al primo utente, basterà provare che gli antecessori non *furono privati* del possesso e dell' uso, ossia del diritto di passaggio, per istabilire nel successore la continuazione del legittimo passaggio medesimo.

319 Qui non si tratta dell' unione di tempi riguardo alla durata, ma della trasmissione della causa del possesso per far constare ch' esso ebbe origine coi modi del ripetuto § 313, e che non fu posteriormente perduto dal rispettivo autore dell' utente. Laonde secondo il gius austriaco, deve *sempre* prodursi il titolo del possesso per avvalorare l'azione possessoria, sia di manutenzione, sia di reintegrazione nel possesso: ma basta il comprovare la concessione, o la prestazione consenziente in linea di *puro fatto*, senza far luogo ad ispezioni di alta indagine, le quali possono solamente appartenere al giudizio petitorio.

320 Nelle legislazioni romana e francese per far valere e riconoscere mantenibile il possesso in guisa provvisoria, torna bastevole provare il fatto di un non vizioso possesso annale, sia in testa propria, sia accoppiando al proprio il possesso degli antecessori, senza che corra obbligo di esibire la prova del consenso positivo richiesto dal § 313 del cod. civ. aust. Bensì nel diritto austriaco non vale che il consenso di fatto positivo, concreto, o dimostrato,

accompagnato dalla prova di averne goduto sempre per sè o per mezzo de' suoi autori, senza badare a verun tempo *lungo* o *breve*, entro però i limiti della prescrizione.

Il possesso annale romano e francese non vizioso è una prescrizione incominciata. Il fatto del possesso determina la qualità e quantità dell' uso accordato.

321 Ma nella legislazione austriaca questa determinazione risulta dal fatto della libera prestazione *domandata per obbligo*, od accordata per *libera concessione* a termini del § 313 summentovato. Una cosa non acconsentita non è dunque conceduta. Giacomo concede a Lelio ore tre d' acqua, che questi chiese al primo. Nell' anno venturo Lelio pretende, senza nuova concessione, di usare della stessa acqua. Giacomo presenta querela di turbato possesso. Lelio invano cercherebbe d' essere mantenuto in possesso dell' acqua. Dalla concessione di un anno non può Lelio dedurre la causale del possesso dal medesimo preteso. La concessione era ristretta ad una sola volta; e se vi fosse dubbio, l' interpretazione si fa a pro di Giacomo per il paragrafo 915 del codice austriaco. La questione che muove Giacomo non è di *diritto*, bensì di *fatto*, giacchè trattasi di stanziare l' *entità propria dell' uso conceduto*.

322 Prosegue Romagnosi = « Questionandosi dei termini propri » della concessione in via di pura logica critica, ossia in linea di » mero fatto, non si tratta nè punto, nè poco d' un oggetto ecce- » dente la competenza d' un giudizio possessorio. Allorchè si di- » sputa *in fatto* dell' oggetto contemplato nella *prestazione* o *con-* » *cessione*, non si deve nè punto, nè poco rimettere la discussione » al petitorio; ma si dee per lo contrario, per primo e preliminare » fondamento conoscere la *verità della clausola dell' azione pos-* » *sessoria* intentata, malgrado che convenga impiegare i canoni » d' interpretazione dell' atto contemplato e richiesto dalla legge » per istabilire il possesso medesimo. »

323 Il consenso da cui dee apparire la concessione si distingue per la sua manifestazione in *espresso* e *tacito*; sì coll' uno che coll' altro può intendersi consentito l' uso di un diritto nel modo indicato dal § 313 del cod. aust. E col § 863 di esso codice, il con-

senso tacito debbe risultare da *atti tali, che, ponderate tutte le circostanze, non lascino luogo ad alcun fondato motivo di dubbio,* cioè deve risaltare con una piena certezza. Tocca al giudice nei casi particolari il determinare se esistano argomenti di credibilità certi del tacito assenso. Il § 915 del medesimo codice fissa un canone di credibilità presuntiva, cioè che *nei contratti unilaterali si suppone in dubbio, che la persona obbligata abbia voluto incaricarsi del peso piuttosto minore che del maggiore. Nei bilaterali le espressioni ambigue s' interpretano contro di quello che ne fece uso* (§ 869). Alla quale disposizione si può aggiungere l' altra del § 869 così concepito = *Qualunque contratto richiede il consenso libero, serio, determinato e chiaro. Se la dichiarazione non possa intendersi, o sia affatto indeterminata, oppure se si accetti sotto modificazioni diverse da quelle con cui era fatta la promessa, non esiste verun contratto.*

I sopra spiegati caratteri (§ 863) del consenso sono comuni tanto all' espresso che al tacito. La differenza sta solo nel mezzo della prova: nell' espresso, questo mezzo consiste nelle parole proferite a voce, o redatte nello scritto: nel tacito, in quel complesso di atti o segnali manifestatori della positiva volontà di un uomo intelligente e libero; e corrispondenti esattamente alla intenzione di lui.

ARTICOLO XXV.

Riassunto del precedente articolo XXIV. Spirito della notificazione austriaca sul possesso sommario o sommarissimo.

324 Nel diritto romano e francese un possesso non vizioso, durato per un anno, era provvisoriamente mantenibile sino a petitorio terminato. Secondo quei codici lo è un possesso preso *per colpo di mano,* senza opposizione della persona, purchè palese, non clandestino cioè, e che venga tollerato per un anno (1).

(1) Il codice francese di procedura civile all' art. 23 dispone: *Le*

Il diritto austriaco non presenta positivamente una simile istituzione: non avvalora come possesso mantenibile se non che quello procedente dal provato consenso della parte interessata a contraddirlo, la quale deve od assecondare l'avversaria pretensione quasi sia obbligatoria, ovvero spiegare una concessione, avvenga ciò tacitamente, ovvero specificatamente: § 313 cod. civ. aust. Il jus austriaco, mancando cotesto positivo consentimento, presume il precario, o la violenza morale.

Cotali teoriche escono dalla sublime scuola di un *Romagnosi* (1) e di un *Zeiller* (2). Quest'ultimo, il primo dei compilatori del codice austriaco, ne erudisce, conformemente alla logica legale, che nelle processure di possesso sommario (nota n. 3) *non si riflette, nè all'oggetto del possesso, nè se questo sia antico o recente, nè al diritto di possesso, nè a quello di proprietà che si mettesse in campo. Cotesti punti si debbono discutere nella via ordinaria = È troppo naturale che in possessorio trattisi unica-*

azioni possessorie non si ammettono se non sono intentate entro l'anno dal turbato possesso da colui che da un anno almeno possedeva pacificamente od a titolo non precario. Aggiungerebbe il valente scrittore avvocato Pigeau, *proced. civ.* lib. III, § 1, artic. 1, la seguente dilucidazione: = *Si le trouble est formé par le précédent possesseur qui a joui plus d'un an, et qui a été troublé ou dépossédé depuis moins d'un an; comme il est encore dans l'année de la complainte, il peut intenter la complainte, et le nouveau possesseur, qui n'a pas encore acquis le temps de possession requis, ne pourroit se plaindre du trouble.*

Mais si le trouble est apporté contre le possesseur de moins d'un an, par un tiers qui n'a jamai possédé ou qui, s'il a possédé, a cessé de posseder depuis plus d'un an, et perdu par-là l'action possessoire, ce possesseur peut se plaindre du trouble, quoiqu'il n'ait pas un an de possession. Autrement ce tiers pourrait, sans droit, s'emparer d'un bien par voie de fait, et il n'y auroit aucune voie pour le réprimer.

(1) Condotta delle acque t. V, parte I, libro III, capo I, sez. 4, § 33, 34 e seguenti.

(2) Commenti ai parag. 345, 346 del cod. civ. austr.

mente di decidere a chi spetti il possesso della cosa o del diritto, e che la legge debba proteggere, in pendenza dell'esame, se il possesso sia legittimo o di buona fede, chi già trovasi esclusivamente nel possesso, in cui l'altro vorrebbe turbarlo, rimanendo al turbatore la facoltà di provare il suo diritto di proprietà, o il prevalente suo diritto di possesso (nota n. 2) = *A questa regola di proteggere l'attuale possessore avvi una eccezione nel caso che ingiusto sia il di lui possesso, e si provi che o per violenza, o con dolo, o segretamente introducendosi od anche precariamente, chi ha concessa la cosa siasi riservato il diritto di riprenderla a suo arbitrio. Conviene però sempre sentire il possessore, onde vedere se questi non possa giustificare il suo possesso apparentemente illegittimo.* « Fuori di questi casi, quando risulti che il possesso è » illegittimo (o da dichiarazioni o da rapporti personali o da altre » circostanze) devesi costringere il possessore a cederlo sull'istan» te ed a risarcire il danno » (nota n. 2).

325 Aggiungerò due parole ognora più dichiarative degli esposti autorevoli pareri. Il § 312 del codice austriaco annuncia prendersi materialmente possesso delle cose corporali *mobili* mediante il trasporto e la custodia: degli *immobili* col piantare segni, siepi e colla coltura: delle cose incorporali, ossia dei diritti, *col farne uso in proprio nome.* Prosegue il § 313 chiarendo che *l'uso del diritto si verifica coll'esigere di obbligo,* o coll'ottenere la cosa dal proprietario o interessato consentitore = È letterale il disponimento del § 974 del c. c. a. che *se non fu determinato la durata, nè il fine dell'uso conceduto, non avvi vero contratto; ma precario, e chi ha conceduto ad altri la cosa può ripeterla, quando gli piace.* Ora trovandosi in questi termini l'usatore attuale di una servitù, di un diritto, egli è un possessore precario; laonde non mantenibile in procedura sommaria, statuita dalla grida imperiale 22 giugno 1825, nel possesso ch'ei pretendesse spettarsegli, per esser questo di natura precaria, e per ciò vizioso, giusta la definizione del § 974 e le disposizioni dei paragrafi 345, 346, 1464 del ridetto codice.

326 Dopo tali riunite osservazioni concludo colla sentenza di Ro-

magnosi (1) = *Qualunque uso di puro fatto non è allegabile nè valutabile in giudizio, onde stabilire l'esistenza del possesso di fatto legale del dato diritto, e quindi della data servitù. Negar può adunque qualunque interessato l'esistenza di questo possesso tutte le volte che l'uso della cosa non siasi verificato colle circostanze prescritte dal codice.*

327 La legislazione austriaca distingue tre sorta di possessi = Il *vizioso* segnato dei caratteri di violenza, frode, arte clandestina e precaria = L'*illegittimo*, ossia invalido, contrassegnato da titoli annullanti, sebbene non sia vizioso; è rivocabile, a causa conosciuta, per difetto di titolo definitivo canonizzato dalla legge come abile a trasferire la proprietà, da cui emerge il diritto al vero possesso (2). Il giudice non può proteggere il possesso vizioso; ma a prima giunta suppone valido il titolo conferitore del possesso: così al § 851 del codice civile austriaco si statuisce, che *se realmente i confini non si possono più distinguere, o se nasceffite in occasione di stabilirli, il tribunale mantiene prima di tutto l'ultimo stato di possesso* = Il possesso valido e legittimo forma la terza specie, costituita dei correlativi caratteri contrarj ai sopra esposti.

Il possesso acquistato fuori delle maniere e delle condizioni ordinate dalle leggi non porta seco la virtù giuridica di farlo difendere presso chi lo vanta, o rivendicarlo a chi lo pretende.

328 Fra i possessi vacui di tale efficacia si annoverano quelli originati da atti puramente facoltativi e di famigliarità, risolventisi sostanzialmente in precari, ed in atti di tolleranza, non inducenti,

(1) *Condotta delle acque*, parte I, libro III, capo I, § 34, t. V.

(2) Il § 316 del cod. austr. dichiara *illegittimo* il possesso non appoggiato a titolo valido, ossia a fondamento atto in diritto per acquistare il possesso. Il gius a possedere si desume dalla proprietà, sia perpetua, sia temporanea. Dico temporanea impropriamente, alludendo ad amministratori, affittuali, usufruttuarj; in quanto che, a parlare con vocaboli proprj ed esatti legali, non sono questi che legittimi detentori, non già possessori.

secondo il gius austriaco, presunzione alcuna di tacito consenso da parte di chi soffre l'altrui uso; e quindi non mai tacita rinuncia al nostro diritto, non mai consentito tacitamente un possesso, un uso di nostro detrimento. Per lo che l'anterior padrone della cosa, fino a che sia trascorsa la perentoria prescrizione, può colla procedura ordinaria ricorrere per turbato possesso ed agire in via possessoria, sia di manutenzione, sia di rintegrazione senza temere, che anche provata la di lui scienza dell'uso anzidetto, e provata la di lui tolleranza per un tempo minore della prescrizione, gli possa venir denegata la sommaria conservazione.

329 Neppure dopo un tempo discreto si può arguire una ratificazione di un colpo di mano. Cotesta approvazione va dimostrata positiva, non presuntiva. *La legge delle prove*, scrive Romagnosi (1), *è legge logica ed eterna, e però comune a tutte le legislazioni. Ciò che fu stabilito in un secolo, lo fu per tutti. Quindi in tutti i tempi valgono le seguenti tesi accennate dal* Mascardo (De probationibus) « Cum ratificatio sit *quid facti*, et ea quae facti » sunt *non praesumantur*; idcirco allegans ratificationem factam » fuisse, debet illam probare = Necdum probare debet ratificatum » fuisse, sed et ratificantem *habuisse notitiam* de iis quae in rati- » ficatione continentur. Et ratio est quod errans et ignorans non » dicitur ratificare: cum propter ignorantiam *deficiat consensus*, » et ratificatio non se extendat ad ignorata. Quod adeo verum est, » ut vel istrumenti nec lecti, nec presentis etiam cum juramento » non valere. »

330 Discendiamo adesso al cimento di penetrare nell'intimo dei divisamenti della grida imperiale sul possessorio sommarissimo. Si è altrove osservato, e qui si ripete, che il legislatore che emanolla per regolare i giudizj sommari sulla turbazione de' possessi, non volle per nulla innovare il sistema accolto nel codice civile intorno ai possessi medesimi. Un diverso proposito deviava dal diritto, cadeva nell' assurdo. Il proemio di quella ordinanza pre-

(1) Opera e luogo succitati al § 36.

venne ogni incertezza, ogni equivoco, dichiarando suo scopo *di mettere in pratica esecuzione senza bisogno di lunghe procedure i rimedi di diritto e le determinazioni del giudice prescritti dal codice civile, ed in ispecie nel primo capo della seconda parte a difesa del possesso minacciato, ovvero per la* restituzione del *possesso turbato.*

331 Il paragrafo primo parrebbe riservare alle sole preture la giurisdizione in siffatti giudizi colla dichiarazione che sono di loro esclusiva competenza. Vedi in quest' opera il n. 296.

332 Ricorrono a cotali autorità coloro che risentono un pregiudizio nel possesso di una cosa o di un diritto; ovvero coloro che vennero illegittimamente spogliati del possesso medesimo: § 2. Si è superiormente accennato, che cotesto spogliatore è colui che difetta di causale fondata in legge per espellere da un possedimento: v. g. possedo da oltre trent'anni una ripa arborata di conformità al mio titolo d'acquisto; non lice a chi passa lunghesso ad essa con acque, ingombrarla repentinamente di spurghi straordinarj a detrimento della ripa stessa, tranne il caso che avesse acquistato diritto a tali depositi con alcuno de' modi additati dal § 313 del c. c. a. In tale procurato danno si avvera uno spoglio illegittimo di un godimento legittimo d'una mia proprietà libera. Con siffatte definizioni l'ordinanza cesarea autorizza la duplice azione contro la totale privazione del possesso, o la sola minaccia o minorazione di esso.

333 È notevole sopra tutto il paragrafo secondo per il proposito di prefiggere a tale ricorso in via sommarissima il termine di trenta giorni, cominciando a computarli dal dì dell'avuta notizia del turbamento.

Quale sarà la ragione di questo breve periodo, nel quale si concede il beneficio delle accorciate formalità, dovendo, dopo lo spirare di esso, farsi uso della processura ordinaria?

Non avvi dato certo per commentare il disegno del legislatore: tuttavolta vi si potrebbe ravvisare la filantropa intenzione di spronare, mercè l'allettamento di un pronto giudizio e non dispendioso, il proprietario od interessato, all'impresa di mettere

in chiaro lume una novità recente, suscettiva di più agevole soluzione, a prevenzione eziandio di risse e di lunghi conflitti.

334 La legge abbandona all'arbitrio della persona lesa la denuncia della novità nell'intervallo prefisso; nè vi annette disciplina di rigore per accertare tale decorso di tempo; dal che sorge l'obbligo nella parte opponente di allegare positive prove, non di semplice induzione, a dimostramento del trascorso termine; altrimenti la presunzione favoreggia e convalida la parola del denunziante.

335 Il paragrafo quinto dell'esaminata grida sporge lo scoglio, dove da anni per avventura cozza il criterio de' giudicanti, e forse li trascina in secche, discordanti dalle proficue mire della legge.

Lo scoglio sta nelle frasi = *indagine puramente e prova materiale dell'ultimo possesso di fatto e del turbamento* = *decisione del giudice limitata a proteggere ed a restituire il possesso turbato.*

La pluralità de' magistrati pare che alle esposte locuzioni vada appropriando il senso di riguardare per mantenibile il fatto avvenuto qualunquesiasi, qualora si accompagni colla prova, che l'avvenuto esiste da trenta giorni o più avanti la querela di turbativa di possesso. Noi dubitiamo che le accettate idee su tale questione facciano il brutto giuoco di spostare alcune magistrature sopra la questione stessa.

336 Nell'articolo XXIV, si trattò con qualche ampiezza su tale argomento, alla quale trattazione facevano puntello le teorie di jus comune sul medesimo tema sviluppate nei precedenti articoli XXII-XXIII. Ora qui non resta che riferirsi alle predette discussioni, dalle quali discendono spianate e dimostrate le seguenti tesi = Il ricordato paragrafo quinto parla di *possesso di fatto*, non di *detenzione:* la frase *possesso di fatto* significa *possesso attuale esistente.* Allorchè un codice diffini un vocabolo non è più permesso il discostarsi dalla definizione della legge. È disparato il possesso dalla detenzione, i cui elementi si restringono ad una occupazione affatto materiale, non assistita dalle concomitanze morali e giuridiche che qualificano il possesso: § 309 del cod. civ. aust. L'espressione *prova materiale* addita con bastante chiarezza l'esistenza di

una cosa reale, di un fatto, da cui spicca la prova del suo esistere. Le espressioni sopra addotte dai contrapponenti non concludono per l'opinione, che la ventilata risoluzione sovrana comprenda con esse l'accettazione ed il riconoscimento di *un colpo di mano* per un possesso di fatto, a fronte del § 312 del codice civile disponente, che il *possesso delle cose incorporali si acquista col farne uso in proprio nome* = del susseguente § 313 disponente, che *si verifica l'uso del diritto*, conformandosi alle avversarie pretensioni, o concedendole, o astenendosene per divieto = del § 315 indicante *la presa di possesso fatta di propria autorità coll' occupazione di fatto e coll'uso*, ma coerentemente alla diffinizione dal precedente § 309 data del possessore di una cosa, che intendesi per *chi la tiene con animo di averla come propria;* definizione significativa della buona fede di esserne il proprietario = a fronte degli altri due paragrafi successivi 345, 346, i quali escludono necessariamente chi per un colpo di mano s'intrude nel possesso delle cose e diritti altrui.

337 Abbiamo forse insistito anche di troppo nel dibattimento su cotesto punto; ma il richiedeva l'importanza di non compromettere la sicurezza dei possedimenti, facendo luogo alle temerarie invasioni dei medesimi col sancire ogni *colpo di mano* e qualificarlo per *ultimo possesso di fatto.*

338 Sembra consentaneo alla saggezza, che presiedette al compilamento di cotal legge sul possessorio sommario, lo spiegarne la intenzione in quella guisa che abbia a risultarne, quantunque emanata sopra abbreviate e spedite non bene assicuranti forme, la decisione sommaria fondata sulle disposizioni concernenti il possesso consecrate nel codice civile.

339 Sotto questo aspetto per avventura il paragrafo sesto obbliga i contendenti di portar seco tutti i documenti illustrativi della controversia, di cui amassero fare uso; di condurre i testimonj a comprovamento dei fatti che dilucidassero e rafforzassero le rispettive ragioni: il § 7 di potere far intervenire il consesso giudiziale sul luogo con periti; ed il § 13 coattivo pel giudice di sentire, *occorrendo, d'ufficio testimonj* e *periti* per vie meglio snocciolare il

fatto e le circostanze che lo completano, ed apprestare il necessario erudimento ad un decreto giusto e bene motivato.

340 Finalmente nei paragrafi 8, 9, 10, 15, 18, dell'editto sovrano 22 giugno 1825 si conferiscono al magistrato del possesso sommario dei poteri facoltativi acconci in certa qual foggia a determinazioni equitative, suggerite anche da circostanze locali e personali.

341 Attesa la natura del sommario processo possessorio e dello scopo giovevole del medesimo, tendente ad impedire i litigi ed a conciliare i vicendevoli interessi con accomodati provvedimenti, non sarà inopportuno il ricordare che al giudice, non legato da prove strettamente giuridiche, si addice in questa più che nell'ordinaria processura di attenersi a un genere di prove logiche segnatamente, dacchè in tale giudizio le prove si allontanano dalle usate condizioni, alle quali soglion le leggi raccomandare la fede delle deposizioni testimoniali, qual'è il vincolo del giuramento. E niuno ignora la logica legale delle prove venire determinata dai rapporti naturali della credibilità. Quindi p. e. si considera che un tale abbia provata la sua pretesa, allorchè avesse provata la verità di quelle circostanze dalle quali emerga la verità della sua pretesa medesima: che abbia l'attore, denunciante la novità lesiva dei suoi diritti, a meritar fede sino alla prova smentitrice dell'asserito tempo della discoperta novità anzidetta; che debbasi reputare ciascuno premuroso di tutelare i proprj interessi, argomento fondato su quello *a verisimili:* che riconoscasi la efficacia delle presunzioni, quando vi si riuniscano i seguenti caratteri; che le presunzioni siano gravi e precise, desunte da fatti connessi con quelli di cui si rintraccia la prova; che siano chiare e concordanti, concatenate tra loro di maniera che collimino tutte ad un intendimento; che le presunzioni sieno in certo numero, poichè una sola sarebbe insufficente.

Le umane presunzioni si classificano in *violenti*, che si ritraggono da fatti noti necessariamente accoppiati coll'ignoto = in *gravi*, il cui legame non è sempre certo e necessario, tuttavia consono all'ordine più naturale delle cose = in *leggere* se pullu-

lano da indizi, i quali, ancorchè annodati col fatto che vuolsi provare, talora e bene spesso si congiungono col fatto opposto. Le presunzioni sono più o meno valide, secondo che la forza loro, dipendente dalla colleganza e dai rapporti ch'esse tengono col fatto principale, si accresca accostandosi ed avvincendosi a questo.

Nelle processure di turbamento di possesso, nelle quali signoreggia un certo arbitrato, non debbesi piegare l'orecchio e la fede a tutte le testimonianze appunto perchè non suggellate dal giuramento; ma destramente valersi delle presunzioni e di una saggia estimazione radicata su ragionevoli credenze di cose verisimili.

ARTICOLO XXVI.

Possesso di superficie.

342 In qualunque paese siano usitate le irrigazioni alle terre, si memora frequente un fatto, la piantagione sopra le sponde del condotto delle acque irriganti operata e goduta, non già dal proprietario dell' acquidotto e delle sponde insieme nella dimensione stabilita o dalle convenzioni o dagli statuti municipali o nazionali; ma usufruttate d'ordinario dal vicino, il quale, mercè la sua industria coltivatrice allevò tali piante sul suolo altrui.

343 L' osservazione di questi fatti generalizzati farebbe credere essersi le menti dei giureconsulti consecrate di proposito a sviluppare siffatto argomento legale, divisando i rapporti di proprietà più o meno piena importati dalla natura di cotali piantagioni alla superficie di fondi altrui.

Io non conosco scritto, nel quale sia stata colla necessaria estensione e maturità svolta siffatta discettazione giurista di ovvio uso, ed in sè difficoltosa e in uno importante. Ho quindi reputato lavoro non inutile l' approfondare alquanto la questione sul diritto di superficie. In discussione, che potrebbe dirsi non triviale, sarà pregio dell' opera il risalire ad esame primitivo elementare.

344 La difficoltà, che prima si para innanzi, si è di circoscrivere nelle relazioni della giurisprudenza la natura del ridetto fatto per poscia dedurne i conseguenti obblighi e diritti.

Nel corpo del romano diritto non leggiamo che una lunga decisione di Ulpiano, e un cenno di Cajo nel digesto al lib. 43, tit. 18, *De superficiebus*, dov' è trattato *De interdicto et actione superficiaria.*

Da questa e da altre disposizioni legislative dell'antica Roma raccogliamo, ragionando, non esistere pieno gius di dominio, nè in chi coltivò sul suolo altrui, nè in chi tenevalo proprio.

345 Che cosa deve giuridicamente intendersi per superficie? Parrebbe che la superficie si riferisse ad esprimere tutto ciò che esiste visibile, radicato o soprapposto al suolo, anzichè il suolo stesso: e si appoggerebbe tale restrizione significativa alle parole del giureconsulto Giovaleno nella legge 13 del digesto, libro ottavo, titolo terzo = *Certo generi agrorum adquiri servitus potest, velut vineis* (cioè posto a viti); *quod ea ad solum magis, quam ad superficiem pertinet; ideo sublatis vineis, servitus manebit.* Dove annota Dionisio Gotofredo: *superficies vineae, vitis; arvi, seges: ideoque partiarius vineae, fructus quoque arborum in ea existentium, communicabit:* così Bartolo: *Haec fuit ratio dubitandi, quia itineris, vel viae ad vineas causa perpetua non videtur, cum vineae possint extirpari.*

Il Calvino nel suo lessico legale diffinirebbe cotesta faccenda della superficie = *Superficies quod super soli faciem est, veluti si quid satum, aut aedificatum est: itaque vites, arbores, plantae, seges, superficies appellantur. Vitis quidem appellatur superficies vineae. Domus autem superficies soli:* dappoichè nella legge ventitre del digesto, libro quarantuno, titolo terzo, Giovaleno dichiarerebbe, constare un edificio di due cose, suolo e superficie (1).

(1) *Cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficies:* così il testo.

Il Vicat nel suo dizionario scrive: *Superficies adpellatur, quidquid supra faciem terrae et supra solum existit. Plantae itaque, vineae et arbores agri superficies fuit:* l. 13 ff. de servit. praed. rust. = *Domus etiam solo imposita* superficie *adpellatur. Est enim aedificium superficies soli:* l. 44 ff. de oblig. *et act.* = l. 23 ff. usuc. = l. 71 ff. de usuf. = l. 81, § 3: l. 86, § ult. ff. de leg. I. E lo stesso Vicat alla

La superficie, come parte del suolo, è inerente alla natura di esso, talchè il primo non viene trasferito disgiunto da quest' ultima natura.

Scrive Ulpiano nella l. 50 del digesto, libro 9, titolo 2: *superficies ad dominum soli pertinet*, parlando di fabbriche in demolizione; ed aggiunge Paolo l' altro dettato (1): *superficies cedit areae;* sentenza procedente dall' altra, *maxima pars totius ea censetur esse, cui aliae ipsius totius partes cedunt.*

346 Ed in quanto ad arbori nella legge 40 del digesto al libro 19, titolo 1, scrive Pomponio = *Gli alberi non formano un corpo separato dal fondo.* Con che significavasi essere il dominio delle piante coerente al suolo, nè potersi trasportare desso in altri disgiuntamente dal suolo stesso. Laonde deve ottenersene il possesso, esercitando l' azione di compera di quel pezzo di terra, dove son radicate.

347 Intorno all' indole ed essenza del gius comunemente denominato di *superficie*, sviscerandosi le leggi romane attinenti alla specie che discutiamo, si cava l' idea, che il fondo, sul quale si piantarono arbori, o si costruirono fabbriche ed edifici, debba essere condotto, o posseduto con diritto men pieno di dominio da colui, che usa della superficie quasi signore assoluto della medesima.

Il caso più comune nei territori copiosi d' irrigazioni, di che intendo particolarmente occuparmi, sarebbe quello dell'usurpazione fatta da un confinante, del terreno di piena proprietà del padrone della sponda od argine, in cui defluisce racchiuso un corso d' acqua. Una lunga immemorabile possessione sanci l' usurpamento dei frutti delle piante o dell' edificazione, da tempo lunghissimo a vantaggio dell' usurpatore. Quale azione potrebbe istituirsi contro del medesimo?

voce *superficies*, t. IV, pag. 321, edizione di Napoli 1760 = *Tuetur.. eum, qui superficiem et defendit, veluti* uti possidetis *interdicto... et competit ei, qui superficiem alieni soli conductam vel emptam, aut a se exstructam habet, et turbatur a domino soli; vel ab alio possidente, adversus eum qui turbat eum in possessione....*

(1) Nella l. 98, § 8 del dig. libro 46, tit. 3.

348 Primieramente non deve venir tarda l' osservazione, tornare a proposito l' esercizio dell' interdetto pretorio pel mantenimento nel possesso del *superficiario*, a tenore del jus comune (1).

Il proprietario della sponda non è più in tempo di far valere le disposizioni dell' editto *de operis novi nuntiatione* (2). L'autore bensì delle novità da tempo praticate sopra questo fondo, od i successori di lui a titolo generale e particolare, possono, col soccorso di quell' editto, oppugnare il possessore del dominio diretto che volesse approfittarne, sturbando quegli che trovasi in attualità dell' utile dominio.

Giusta il diritto comune respingerebbesi tale turbazione colle azioni, ossia interdetti, *unde vi, uti possidetis;* ovvero si rispetterebbe l' esercizio dell' azione di superficie (3): e secondo le leggi fra noi veglianti nell' argomento di turbato possesso, farebbesi tutto questo in sequela alla sovrana austriaca risoluzione 22 giugno 1825.

349 Nel digesto romano (4) *de superficiebus*, alla legge prima, scrive Ulpiano, parlando dell' interdetto in proposito = *Il pretore vieta di far violenza per impedire che ognuno goda di quella superficie, che a seconda del patto della locazione o conduzione egli gode dall' altro non violentemente, nè clandestinamente, nè precariamente..... Il pretore protegge quello che domanda la superficie, nè richiede da lui qual causa abbia egli di possedere...* ed in vece si aggiunge, che *se si domandasse qualche altra azione della superficie, con cognizione di causa il pretore, quando il superficiario abbia perduto il possesso, la concederà* — Ed è questa l' azione utile appellata di vendicazione, sulla quale c' istrui-

(1) L. 1 e 2 del digesto lib. 43 titolo 18 ed altre. Nel Calvino leggesi = *Superficiarius dicitur, qui conduxit solum, ut in eo aedificaret; et pro recognitione dominii nomine soli illius quotannis penderet solarium* (imposta sui fondi).

(2) Digesto lib. 39, tit. I.

(3) Vedasi il digesto *de vi et vi armata*, libro 43, titolo 16: e lo stesso libro al titolo 17, *uti possidetis*, ed al titolo 18 *de superficiebus*.

(4) Luogo citato lib. 43, tit. 18, l. 1.

scono le leggi romane raccolte nel libro sesto, titolo primo del digesto. Dicesi, come ognun sa, *utile reale*, perchè rivolta a conseguire, da chiunque ne sia il possessore, una cosa, su cui si professi un dominio men pieno, cioè il solo utile (1).

Ma le rapportate leggi romane raffigurano il caso di un terreno passato ad un conduttore: il caso nostro suppone nel giro de' tempi destramente posta a frutto ed a rendita, per lunga età raccolta dal vicino, la superficie del suolo destinato ad argine di acquidotto.

350 Prodotta la prova dell' antica acquisizione del pieno dominio di quest' argine, è a vedersi quali rapporti legali siensi creati dal fatto del vicino, la cui primitiva origine sta nelle tenebre dei molti anni trascorsi.

A menomare il pieno dominio di chi tiene l' acquidotto, si presenta lo stato attuale della divisa proprietà in diretta ed utile: ad appoggio della quale divisione, nell' ipotesi figurata, sorge la prescrizione (art. 2219 del cod. franc., ed il § 1451 del cod. aust.) del dominio utile trapassato dal padrone della ripa nel possessore limitrofo che la piantò ed usucapì (§ 1452 cod. civ. aust.). Il possesso prolungato per oltre una trentina d' anni, o quel di più che ordinasse una legge positiva, forma da sè solo una causa legittima di acquistamento di dominio pieno o men pieno. È cotesta una teoria generale abbracciata da varie legislazioni: e per tutte citiamo il codice napoleone, dove all' artic. 2262 sta scritto = *Tutte le azioni, tanto reali che personali, si prescrivono col decorso di trent' anni, senza che quegli che allega questa prescrizione sia tenuto ad esibirne un titolo, o senza che gli si possa opporre l'eccezione derivante da mala fede* = non che il codice civile austriaco, al § 1477, così concepito = *Chi appoggia l' usucapione al decorso di trenta o quarant' anni non è obbligato a produrre il giusto titolo. Venendo contro di lui provata la mala fede del suo possesso, l' usucapione non si fa neppure col decorso di questo più lungo tempo.*

(1) L. 25 dig. lib. 44, tit. 7.

Nei motivi del prefato articolo 2262 del codice napoleone si è detto, che la prescrizione vale titolo, e che prevalendosi di quella non si ha obbligo di riportare altro titolo, acciocchè non si cada nella complicazione dei titoli.

351 Se l' usurpatore, se chi acquistò una cosa dal ladro, la compera poscia dal vero padrone, viene colla posteriore a convalidare l' antecedente acquisizione viziosa. Il qual dettame nella legislazione francese applicavasi al possessore che originariamente usurpò, ma che in progresso entrò in un godimento non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietario pel corso di tempo statuito dalla legge, siccome specifica esso codice francese all' art. 2229. Il possesso, accompagnato da questi caratteri, sana il difetto dell' origine, e chiude il varco, in senso di quel legislatore, di attaccare il possesso medesimo a cagione di mala fede; posciachè, ciò ammettendo, si verrebbe a distruggere il precedente articolo 2219 statuente, che la prescrizione è mezzo per acquistare e liberare.

Ma dal testè trascritto § 1477 del codice austriaco appare da questa legislazione posti differenti principii: perocchè vi s' inchiude l' avvertimento, che l' usucapione resta sventata allorachè *venga provata la mala fede del possesso* di colui che pretende usucapire. E la produzione di cotale prova è imposta al rivendicante, come può desumersi dal paragrafo medesimo.

352 Altra questione di più elevata indagine potrebbe suscitarsi, ove si rifletta, che avvi delle legislazioni, in ispecie statutarie, prescriventi l' obbligo a chi scava novelli acquidotti di fare acquisto d' una prefissa linea di determinata grossezza di terreno costituente la sponda della gora.

Cotale ordinazione legislatoria, di cui deve essere consapevole il proprietario sì della gora, che del fondo attiguo, non costituirebbe dessa un legale perenne impedimento a prescrivere e liberare dal dovere ingiunto al padrone dell' acquidotto di possedere assolutamente e con pieno dominio la grossezza dell' argine riparatore della possibile dispersione di acque ruinose ai limitrofi? E cotesta legge di buon governo, procacciante pubblica franchigia

da danni d' inondazione, potrebbe presumersi dalla improvidenza, o dal silenzio di uno statuto di jus privato, annientata?

Nel sopraccennato sistema legislativo austriaco non dovrebbe ciò avvenire certamente. Se non si può allegare ignoranza di una legge (§ 2 del C. C. A.) sarà sempre mai contendibile, nel caso sopra immaginato, la usucapione della superficie dal confinante arrogatasi, attesa la di lui mal fede impeditiva della prescrizione (§ 1477 del C. C. A.).

Ma che avrebbesi a soggiungere in sequela dell'art. 2262 del codice civile francese? Non si tralasci di porre soda attenzione all' art. 2226 di esso codice, il quale dichiara che *non si può prescrivere il dominio delle cose che non sono in commercio*: nè all' altro 2222, mercè il quale, *colui che non può alienare, non può rinunziare alla prescrizione acquistata;* nè al successivo 2229 disponente che, *per indurre la prescrizione, è necessario un possesso continuo, e non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietà.*

353 Non mi sembra difficile il dimostrare sul fondamento di siffatte disposizioni, che, dappoichè una legge abbia ordinato l' acquisto di una determinata sponda a chi conduce acqua di un canale, non essendo lecito di permutarne l'uso, cotale mutazione non può sancirsi da una qualunque siasi lunga prescrizione in senso del codice francese or mentovato. Secondo il quale non è mutabile la destinazione del terreno arginale; da che fissata quella da una legge, reputasi desso fuori di commercio; e deve permanere sponda insino alla durata dell' acquidotto: dichiarato in conseguenza quel terreno inalienabile e imprescrittibile, non presentando l' usufruttante degli alberi d' una ripa, consecrata a perpetuo ritegno inalterabile dell' acqua corrente, i caratteri *del non interrotto uso,* del possesso *pacifico, non equivoco* ed *a titolo di proprietà,* voluti dal rammentato art. 2229 del C. N. per indurre prescrizione. Per lo che potrebbesi per avventura chiamare qui in applicazione quella sentenza di Domat (1). = *La superficie ne peut pas se prescrire sans*

(1) *Loix civiles,* liv. III, tit. VII, sect. IV, n. XII.

le sol, et de même le sol ne peut pas se prescrire sans la superficie; ainsi si le sol ne peut se prescrire, la prescription ne pourra avoir lieu pour la superficie, et vice versa: sentenza conforme a quella dei legisti romani (1).

Nell' articolo VIII *sul possesso di accessione* di quest' opera, v' hanno teorie correlative al presente articolo.

ARTICOLO XXVII.

Possesso delle cose furtive.

354 Da che uno degli effetti giuridici del possesso i più rilevanti si è l' usucapione, vedremo nel presente articolo, come possa dessa applicarsi alle robe derubate.

355 La legge delle dodici tavole escludeva dall' usucapire le cose furtive: divieto confermato dalla legge Atinia, autore Atinio Labeone tribuno della plebe, promulgata verso l' anno di Roma 556, la quale sottraeva all' usucapione oggetti di cotale provenienza, ancorchè posseduti in buona fede. Giustiniano nelle sue istituzioni (2) accolse questa legge nei seguenti termini: *Furtivae quoque res, et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt.* Altre leggi romane sancivano cotesta proibizione: la quale però in seguito si limitò alle cose mobili.

In quanto alle immobili, ne insegna Cajo (3), che non si può acquistare per usucapione quella cosa che si sa appartenere in proprietà ad altri: ma aggiunge = *si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere;* poichè non possede nè con vio-

(1) Ulpiano nella l. 26 digesto tit. 3 scrive: *Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest* = e Marciano, ivi nella susseguente l. 39 = *Si solum usucapi non poterit, nec superficies usucapietur.*

(2) Libro II, tit. 6, § 2.

(3) L. 38 dig. lib. 41, tit. 3.

lenza, nè per furto, non accadendo furto chè di cose mobili, suscettive di trasportamento.

Il Pothier (1) chiarisce questa materia, dicendo, che *col sovvertimento del possesso non si contrae il vizio di furto, se non in quanto si abbia ciò fatto con intenzione di rubare:* la quale intenzione si ravvisa in chi vende una cosa mobile, sapendo essere di altri. Una cosa sì fatta è furtiva; ond'è che dal compratore stesso di buona fede non può giammai, giusta l'antica giurisprudenza, venire usucatta. Avviene all'opposto se il venditore ignorava che fosse cosa d'altri: non era allora più furtiva. È cotesta una teorica di Cajo che si desume dalla legge 36 del digesto al libro 41 titolo 3.

356 Non passi inosservato essere furtiva una roba formata con materie rubate = *Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit:* così il romano g. c. Paolo nella l. 4 § 20 nel surriferito libro e titolo. Al che poi si arroge non doversi risguardare furtivo il denaro ricavato dalla roba furata, il quale si aspetta al ladro. Lo dichiarò Ulpiano allorchè scrisse = *Cum fur rem furtivam vendidisset, eique nummos pretii dominus rei per vim extorsit: furtum* (eum) *nummorum fecisse recte responsum est: idem etiam vi bonorum raptorum actione tenebitur; quod enim ex re furtiva redigitur,* (si accumula) *furtivum non esse nemini dubium est: nummus ergo hic, qui redactus est* (ritratto) *ex pretio rei furtivae, non est furtivum* (2).

È furtivo bensì (si proseguono le teorie romane) il prodotto che derivò dall'oggetto rapito: v. g. ciò che si concepì, si staccò o nacque dal medesimo, purchè sia tale evento occorso presso il furatore: è altrimenti se venne concetto o in luce presso il possessore di buona fede. I frutti vengono tostamente in proprietà dell'acquirente di buona fede: nè per farli proprj dee attendere di usucapirli. Lo stesso seguiva degli agnelli, al dire del g. c. Pao-

(1) Nelle pandette, libro 41, tit. 3, n. XIII.
(2) L. 48, § 7 dig. lib. 47, tit. 2 *de furtis.*

lo (1) *si consumpti sint*, se v. g. fossero stati mangiati. A questo passo annota il Pothier, non essere necessario di acquistarli per usucapione. Il compratore di buona fede li fece irrevocabilmente suoi: nè si rendevano al padrone delle pecore, che volesse rivendicarli, se non nel caso che si trovassero tuttora esistenti e non usucatti.

Osservano i maestri di diritto romano, che quando pur fosse il parto concepito presso il ladro, ancorchè nato presso il possessore di buona fede, è furtivo al certo; e quindi non può essere usucatto. Tuttavia non può intraprendersi azione contra il furatore, che alienò la schiava pregnante, in quanto che, giusta la dottrina stoica professata dai legisti di Roma, il feto, prima di nascere, non divenne uomo, nè animale, ma restò una porzione delle viscere materne. Laonde non esistendo ancora, non può affermarsi per ente rubato, e per ciò non ha luogo l'azione di furto.

Presso i romani i feti nati degli animali, verbigrazia delle cavalle furate, appartenevano subito al compratore di buona fede, giacchè si annoveravano tra frutti; non già i parti di una serva pregnante.

57 Esprime Pothier (2) l'opinione, che sì nell'uno che nell'altro degli ora divisati casi, la ragione di decidere è la medesima, vale a dire che il possessore di buona fede è reputato proprietario sino a che la cosa non venga rivendicata, e che tutto quanto si attiene al proprietario compete a quel possessore; e conseguentemente la figliatura ancora delle serve, come i frutti della cosa posseduta. Alcune leggi avvalorano siffatti principj.

58 Non dimentichiamo la regola di jus romano insegnataci da Paolo (3), che per usucapire è bastevole il concorso della buona fede sul principiare del possesso.

(1) L. 4, § 19 dig. lib. 41, tit. 3.

(2) Pandette, libro 41, tit. 3, n. XV in nota = *Delle cose furtive* art. 2, sez. 2, § 3, libro e titolo anzidetti.

(3) L. 4, § 18 dig. lib. 41, tit. 3 = *Quod si, quum jam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus; sicut in emptis rebus placuit.*

Si è detto di sopra essere furtivo quanto dalla cosa rubata si genera e si percepisce appo il ladro, e non potersi usucapire: ma avrà corso la usucapione qualora ciò accada presso gli eredi del ladro, nelle mani dei quali non contrae la cosa vizio di furto: laonde può essere usucatta.

359 Intorno all' alienazione che facesse il debitore della cosa assegnata in pegno, *palam est non potuisse eam, quasi furtivam, usucapi* (1). Si è furato il possesso.

360 Il vizio di furto è purgato allorchè la cosa ritorna al creditore (2), od a chi lo rappresenta (3). Ma, scrive Paolo (4), la restituzione dee avvenire come di cosa propria: *tanquam suae rei.* E qui ammonisce il romano diritto per bocca di Giuliano (5), che *la cosa furtiva non si reputa ritornata in potere del proprietario, sebbene la posseda,* laddove egli ignorasse, che *a lui fosse stata sottratta.*

E Trifonino nella l. 86 del libro 47, titolo 2, del digesto, ancor più chiaramente = *Si ad dominum ignorantem pervenerit res furtiva, vel vi possessa: non videtur in potestatem domini reversa; ideo nec si post talem domini possessionem bona fide ementi venierit, usucapio sequitur.*

Se il ladro compra dal proprietario la cosa rubata, avendola come consegnata, scompare il marchio furtivo e comincia a possederla in proprio (6).

E similmente s' io avessi rivendicata la cosa mia da altri appropriatasi, o ne avessi ricevuto il prezzo valutato in causa, il che tiene vece della cosa, potrò usucapirla quantunque non ne abbia

(1) L. 6, C. lib. 7, tit. 26 *pro empt.*

(2) L. 49, dig. lib. 41, tit. 3.

(3) Così Giuliano l. 56, § 4, dig. lib. 47, tit. 2 = Dice: *qui tutelam gerit, transigere cum fure potest; quia tutor domini loco habetur.*

(4) L. 4, § 12, dig. lib. 41, tit. 3.

(5) L. 7, § 7, dig. lib. 41, tit. 4.

(6) L. 32 di Pomponio libro 41, tit. 3, dig. = *Incipiet pro suo possidere.*

preso possesso corporale. Lo stesso dicasi se quella cosa fu traslatata ad altri per mio volere (1).

361 Abbandonando le argute prescrizioni suesposte ed altre del sottile romano diritto, diremo, che le moderne legislazioni statuirono il canone, che riguardo alle cose mobili il possesso formi titolo. L' articolo 2279 del codice napoleóne fissa il principio, che = *riguardo ai mobili il possesso produce l'effetto stesso del titolo.* E viene poi in appresso stabilendo, che, *ciò non ostante colui che ha perduto, o a cui fu derubata qualche cosa, può ripeterla per il corso di tre anni, da computarsi dal giorno della perdita o del furto, da quello presso cui si trovi: salvo a questo il regresso contro quello da cui l' ha ricevuta.* Questo intervallo di tempo era uguale al prefisso da Giustiniano.

È questa una regola divenuta nel jus moderno di generale accettazione. Era pressochè impossibile il far constare l' identità delle cose mobili nella moltiplicata loro circolazione d' una in altra mano: ed era poi ministero degno della legge il preservare da litigi e procedure i cittadini per siffatta cagione. Il successivo art. 2280 del mentovato codice francese aggiunge, che, *se l' attuale possessore della cosa rubata o perduta l' ha comperata in una fiera o mercato, ovvero all'occasione d'una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose, il proprietario originario non può farselo restituire, se non che rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata.*

Saggia e salutare eccezione è cotesta fondata sull' interesse dell' intera aggregazione civile, sugli avvantaggi dell' agricoltura, delle arti e mestieri, non che sull' uso universale del traffico.

Il codice civile austriaco ha seguitato le tracce di una tanto commendevole giurisprudenza.

Col paragrafo 1466 dichiara, che *il diritto di proprietà sopra cosa mobile si acquista coll' usucapione, mediante il possesso legittimo di tre anni.*

Coll' anteriore § 367 guarentisce contro una indebita riven-

(1) L. 4, § 13 e 14, dig. libro 41, tit. 3.

dicazione il proprietario di cosa mobile posseduta in buona fede, *allorchè provi di averla acquistata o a pubblica asta, o da persona abilitata a tale commercio, o a titolo oneroso da alcuno, a cui dallo stesso attore sia stata affidata ad uso, in deposito od a qualunque altro fine. In questi casi si acquista la proprietà dai possessori di buona fede, e il precedente proprietario ha il diritto d'indennità soltanto contro quelli, i quali sono verso di lui risponsabili.*

ARTICOLO XXVIII.

Accessione o Unione dei possessi per usucapire. Titolo universale e singolare.

362 Non è di necessità che per fruire dell'usucapione e della prescrizione abbia uno solo posseduto per l'intero tempo occorrente. Talora due possessi consecutivi omogenei si naturano in uno, ed hanno il vigore giuridico dell'unità d'un possesso. Ma se la catena si rompa d'un solo anello, le precesse possessioni riescono infruttuose a usucapire. *Si medius aliquis de auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit, quia conjuncta non est* (1). Ove l'interrompimento abbia avuto luogo, o cagionato dall'altrui usurpazione o da un'ingiusta pretesa, promossa giudizialmente e non secondata, il possesso sarebbe a riputarsi non mai interrotto (2).

Ne insegna Scevola, che si consente l'unione dei possessi a coloro, che succedono in luogo di altri o per contratto o per ultima volontà, e che prendono il posto del defunto, come gli eredi ed i fidecommissarj universali. Ma lo stesso giureconsulto ne premunisce non potersi dare verun dettame generico e costante in

(1) L. 15, § 1 dig. lib. 44, tit. 3. Niuno dee avere posseduto nel tempo intermedio: *possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa est:* l. 20 dig. lib. 41, tit. 3.

(2) Vedasi in quest'opera l'articolo *Interruzione del possesso.*

tale materia, essendo invece regolata dalla sola equità, la quale Aristotele appella regola Lesbia; ora retta, se piana la parete; ora obbliqua, se bernoccoluta (ciò che rileva dalla superficie) (1).

63 Il codice francese ammette all'art. 2235 tale unione di possessi, ed il codice austriaco col § 315, dove parla di presa di possesso mediata, significativa del passaggio che fa una cosa dall'una all'altra mano: e più chiaramente ai parag. 1463-1493.

Essendo il possesso dell'erede il continuamento del possesso del defunto, vorrà misurarsi l'estensione di questo dal giorno in cui il trapassato cominciò a possedere (2).

Altro insegnamento del romano giureconsulto Paolo leggiamo nella legge seconda paragrafo 19 del digesto, libro quarantuno, titolo quarto, che *si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse:* non già se a cotale erede sarà stata fatta la tradizione (3): poichè la continuazione del possesso non estingue nell'erede la scienza predetta. Questo fatto

(1) Vedasi la l. 14 dig. lib. 44, tit. 3, la quale dice: *De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate* = § 1: *Plane tribuuntur his, qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate: heredibus enim, et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris.*

(2) Vedi il Domat nelle *leggi civili* al libro III, tit. VII, sez. 3, n. 4, 5, 6.

(3) L. 43 dig. lib. 41, tit. 3, dove dice Papiniano = *Heres ejus, qui bona fide rem emit, usu non capiet sciens alienam, si modo ipsi possessio tradita sit* = nonchè la legge 11 del dig. lib. 44, tit. 3 contenente i seguenti importanti dettami = *Siccome l'erede succede nell'universalità dei diritti del morto; così l'ignoranza di quello non esclude i vizj di questo: come, se sapendo che la cosa era di altri, egli l'avesse posseduta (illo,* leggasi *vel vi) per violenza od a titolo precario: giacchè, sebbene non sia tenuto l'erede per il vizio risultante dal precario, e non possa essere convenuto in virtù dell'interdetto; tuttavolta per la prescrizione non acquisterà ciò che non potè il defunto: È lo stesso diritto dove trattisi di lungo possesso: nè si può porre in campo il possesso, quando la sua origine non posi sulla buona fede.*

della consegna consumata in confronto dell'erede, doveva di necessità produrre le conseguenze della mala fede.

A questo stesso proposito avvi altro precetto da ricordare, che il possesso vizioso del trapassato nuoce all'erede per gli stessi dettati suesposti; perocchè l'*usucapione non può aver luogo senza un titolo vero, cioè approvabile* = e nemmeno si può mutare per qualunque intervallo di lungo tempo il diritto del proprietario, ancorchè si potesse allegare il pretesto, che il possessore risguardava propriamente come ereditaria la cosa di ragione d'altri. I *vizi del possesso contratti dagli antecessori durano; e la colpa dell'autore accompagna il suo successore.* Il che si tiene operativo eziandio per l'erede dell'erede (1).

Che se il vizio del possesso non deriva dal defunto personalmente, cioè dalla sua mala fede, ma dalla cosa in sè stessa, *non ex persona, sed ex re;* verbigrazia se la cosa avesse cessato di appartenere al fisco o di essere furtiva, in quest'ultimo caso, purgata da tale magagna impeditiva dell'usucapione, comincierà questa a favore dell'erede, mentre nol potè a pro del trapassato per l'esistenza dell'impedimento (2).

364 L'eredità giacente non può usucapire quando il defunto non avesse già preso a possedere. Osserva Pothier che in tale ipotesi, essendo quello quasi superstite a sè stesso nella persona del suo erede, può fingersi avere continuato a possedere. Fuori di questo caso l'usucapione si porrebbe in corso dal dì dell'adizione dell'eredità, secondo l'avviso di Papiniano: *usucapionis primordium erit, tempus hereditatis aditae;* l. 44, § 3, del digesto al libro 41, titolo 3.

Tutto ciò è detto riferibilmente al successore a titolo ereditario od universale.

365 Se il possessore abbia fatto l'acquisto a titolo singolare, v.

(1) L. 4 C. lib. VII, tit. 28. — L. 11 C. lib. VII, tit. 32. — L. 2, § 18 dig. lib. 41, tit. 4. — L. 65 dig. *de verb. signif.* — L. 194 dig. *de reg. jur.*

(2) Così Pomponio nella l. 24 del dig. al lib. 41, tit. 3.

g. per donazione, legato, o compera, può unire al tempo del proprio possesso quello del suo autore. E la ragione sta in questo, che chi trasferisce in altri la proprietà di alcuna cosa, intende di accompagnarvi la trasmissione di qualsiasi diritto ch'ei tenga inerente non solo, ma anche semplicemente relativo alla cosa stessa, e quindi il beneficio sorgente dal goduto possesso (1). Laonde coloro, che sono divenuti possessori a titolo particolare, accumulano eziandio al loro possesso nella lunga prescrizione quello dei loro autori in virtù della costituzione di Severo, adottata da Giustiniano: sicchè in una serie continua di precedenti possessi l'attuale acquisitore va in cerca di difese e di amminicoli per riannodare un' usucapione (2).

E in vero gli uguali principj hanno vigore rispetto ad ogni genere di successori singolari tanto a titolo oneroso, quanto a titolo lucrativo. Circa al titolo oneroso, se la cosa v. g. si diede o ricevette per dote, sarà ammissibile l' unimento dei possessi conceduti al marito od alla moglie: e similmente pei successori a titolo lucrativo si metterà insieme il possesso del donante e del donatario. Il che dee parimenti estendersi al legatario per quel tempo che la cosa fu in potere del testatore.

366 Ulpiano decide inoltre, che *tanto se la cosa fu lasciata puramente, quanto se sotto condizione, il possesso che l'erede ebbe prima che fosse adempita la condizione, o prima della consegna del legato, giovi al legatario. Il possesso poi del testatore utilerà sempre al legatario, purchè sia un vero legato.* Rispetto alla cosa legata, il legatario è in qualche maniera erede dal tempo in cui il testatore possedette la cosa medesima = *In re legata, in accessione temporis* (l'unione de' tempi), *quo testator possedit, legatarius quodammodo quasi heres est* (3): così Paolo.

(1) Pothier trattato del possesso e della prescrizione n. 149 = Merlin, Repertorio, alla voce *Prescrizione*, sez. I, § V, art. III e seg.

(2) L. 76, § 1 dig. lib. 18, tit. 1. — L. 2, § 20 dig. lib. 41, tit. 4. — L. 14, § 2 dig. lib. 44, tit. 3.

(3) L. 13 § 6, 10 dig. lib. 41, tit. 3.° Decisione di Ulpiano. — L. 14 dig. luogo suddetto. Paolo.

367 È noto il senso della parola *autore*, significante cioè la persona da cui hai ricevuto la cosa, o per atto di ultima volontà, o per qualche affare avuto con lui, o con colui che era soggetto alla di lui podestà o che a di lui nome contrattò. Ed ancora se il tutore o curatore vende, sarà conceduta l' unione di quel tempo, durante il quale il pupillo ha posseduto (1): scrive lo stesso Paolo.

368 Così pure dee concedersi, a detta del giureconsulto Venulejo, l'unione del tuo possesso con quello del pupillo, il cui tutore vendette a te una cosa, mentre amministrava la tutela; e similmente, secondo Scevola, se il tuo procuratore mi ha venduta una cosa tua, durante la tua assenza, ratificata la vendita, io aggiungerò il tuo possesso al mio (2).

369 Ma qui cade in acconcio l'avvertire, non essere sufficiente per l' unimento dei possessi tra l' autore ed il successore singolare, che abbia il possesso del mio autore preceduto il mio.

È canone di giurisprudenza insegnatoci da Ulpiano (3) e confermato da Paolo (4), che l' unione dei possessi ha luogo soltanto fra coloro che possedettero per proprio rispettivo conto personale; non già pei posseditori in nome e per l' interesse altrui. Laonde si possono annestare i due possessi di Pietro e di Giovanni, ancorchè il possesso di Pietro fosse stato tenuto da Antonio per conto di esso Pietro: non si potrebbe accoppiare il possesso materiale di Antonio con quello di Giovanni, qualora Antonio avesse posseduto per conto proprio, e non di Pietro. Si porrebbe una falsità al luogo della verità: una finzione, quella del possesso di Antonio, invece della realtà giuridica, quella del possesso di Pietro.

(1) L. 14 dig. lib. 41, tit. 2: lo stesso Paolo.

(2) Venulejo nella l. 15 § 3 e 4 del digesto al lib. 44 tit. 3 = Scevola nello stesso luogo alla legge quattordici parag. quarto.

(3) L. 13, § 12 dig. lib. 41 tit. 2. = *Accessiones in eorum persona locum habent, qui habent propriam possessionem: caeterum accessio nemini proficit, nisi et qui ipse possidet.*

(4) L. 16 dig. lib. 44, tit. 3, la quale dice = *Accessio* (s'intende del tempo, in cui altri usò e possedette la cosa) *sine nostro tempore nobis prodesse non potest.*

370 Altro ostacolo al congiungimento dei possessi si è il possesso antecedente vizioso, il quale non può mai comporsi con verun altro possesso, sia o non sia questo secondo vizioso (1). Per lo chè si conclude, non correre l'usucapione, ancorchè legittimo il possesso dell'autore, quando fosse di mala fede quello dell'acquirente a titolo singolare (2). E per reciprocazione, se il possesso dell'autore è vizioso, non utilizza al successore più di quello che avrebbe giovato all'autore medesimo; per l'assioma espostoci da Paolo (3); che, *siccome l'equità richiede, che al compratore di buona fede non apporti detrimento il dolo dell'altra parte; così non è equo che il dolo del venditore torni utile allo stesso compratore.*

La identica massima si applichi per ogni altro genere di vizi, *de vi, de clam, de precario.* Nell'argomento di precario, sarebbe dottrina di Ulpiano, che il concedente un possesso a titolo precario possa giungerlo al proprio allorchè lo abbia ripigliato, cessato il precario. Si convalida tale parere colla osservazione, che, finito il precario; *fingitur fundus nunquam fuisse possessus ab ipso detentore* (4).

371 Per il successore singolare i principj di giurisprudenza differiscono da quelli che regolano i rapporti legali del successore universale. L'erede, come si enunciò superiormente, usucapisce quanto il defunto cominciò a possedere in buona fede, considerandosi in jure una persona sola il defunto e l'erede, e quindi un solo il

(1) L. 13, § 13 dig. lib. 41 tit. 2 = *Praeterea ne vitiosae quidem possessioni ulla potest accedere: sed nec vitiosa ei quae vitiosa non est* = Così Ulpiano.

(2) L. 2, § 17 dig. lib. 41, tit. 4, *pro emptore.*

(3) Nella legge 37 dig. lib. 19, tit. 1: *de action. empti et venditi.*

(4) Nella l. 13 dig. 41, tit. 2. Si dice al § 1: *Cum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa suisque vitiis...* = ed al § 7: *Ego puto, eum qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse... rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur* = Così Ulpiano.

possesso, purchè in origine sia stato legittimo. All'opposto il successore per causa particolare ed il suo autore si risguardano per due persone diverse; ond' è che entrambi i possessi loro debbono constare legittimi.

Dalle quali disposizioni del romano diritto ne conseguita, che il dolo dell' autore, giusta la decisione dell' imperatore Alessandro, non reca detrimento all' acquirente di buona fede: nè, a giudizio di Ulpiano, il vizio dell' autore, cioè del donatore, del legante, del cedente, può nuocere, nè fruttare al successore a titolo particolare, il quale viene acquistando per lungo possesso ciò che non potè l' autore di lui (1).

372 Pothier nella sua grand'opera delle *Pandette* (libro 41, tit. 3, n. 49) ci porge l'ammaestramento, che *al successore si unisce soltanto quel possesso, che il suo autore aveva prima di diventare autore* (antequam auctor fieret), *non già quel possesso che acquistò dappoi.* — Questo precetto è attinto da una decisione di Paolo (2) e da altra di Venulejo (3). Cotesti dettati determinerebbero sostanzialmente: che se tu vendesti a me una cosa, che possedevi da un certo tempo, il tuo possesso venne ad innestarsi col mio dopo il mio acquisto, perchè tu mi cedesti ogni tuo diritto su quella cosa e per conseguenza anche il diritto congiunto col tuo medesimo possesso. Che se io venga spossessato della cosa acquisita, e che la stessa torni di nuovo in tuo potere: indi ne sia tu privato da altri, i quali la facciano passare novellamente nelle tue mani; cotesto secondo tuo possesso non si ricongiunge più al mio, avendola io riacquistata da altra persona, non da te.

373 Altra regola è da rimembrarsi ed osservarsi, quella dell' accessione eziandio del possesso, che conseguì il mio autore dal precedente autore di lui. *Accessio possessionis fit, non solum tempo-*

(1) Decise Alessandro nella legge 3 C. lib. 4 titolo 48 = *Dolum auctoris bonae fidei emptori non nocere, certi juris est* = Ed Ulpiano nella l. 5 dig. lib. 44, tit. 3: *usucapere possum quod auctor meus usucapere non potuit.*

(2) L. 14 dig. lib. 41 tit. 3.

(3) L. 15 § 5 dig. lib. 44, tit. 3 *de diver. temp. praescrip.*

ris quod apud eum fuit, unde is emit; sed et qui ei vendidit, unde tu emisti. Sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit, quia conjuncta non est; sicut nec ei qui non possidet, auctoris possessio accedere potest (1).

374 Altro avviso ci danno i glossatori del jus romano: è nostro autore non solamente chi ne fece vendita, ma eziandio chi fece procura, onde ci fosse venduto (2). E parimenti non è a trapassarsi sotto silenzio l'altro insegnamento di Africano, che alienando separatamente a due compratori la stessa cosa, il possesso, che avrà preceduto l'una o l'altra vendita, determinerà la preferenza della compera, vale a dire sarà valevole quella, cui effettivamente sarà prima susseguita la consegna della cosa: *soli priori emptori, cui et tradita sit, proficit*: al che aggiunge Gotofredo, in base della legge romana 15 C. *de rei vendic.* = *ideoque potior est in rei vendicatione* (3). *Se io*, continua Africano, *di nuovo compero la cosa che a te vendei dapprima, indi la rivendo a Tizio, il mio e il tuo possesso dovranno trasfondersi in Tizio, giacchè tu a me ed io a lui, dobbiamo prestare il possesso;* cioè la tradizione, essendo questa la prestazione di possesso.

375 Nell' argomento or ora ventilato il codice napoleone all' art. 2269 stabilisce, che *basta che la buona fede sia esistita al tempo dell' acquisto* rispetto alla prescrizione dei dieci o dei venti anni additata dall' antecedente articolo 2265: ed era ragionevole che si abbreviasse il tempo che assicurava l'acquisto; dappoichè, oltre

(1) La legge 15, § 1 del dig. lib. 41, tit. 3 dice volgarizzata: *L' unione del possesso ha luogo non solamente pel tempo in cui il venditore ha posseduto, ma eziandio pel tempo in cui ha posseduto colui, dal quale quegli ha comperato. Ma se frammezzo qualcheduno degli autori l'ha posseduta, non gioverà il possesso degli autori precedenti: perchè i possessi non sono congiunti; come altresì il possesso dell' autore non può unirsi a colui che non possiede.* — Così Venulejo.

(2) Vedi la sopra citata l. 15 al § 2 del dig. lib. 44, tit. 3.

(3) Vedi la l. 6 del dig. al lib. 44, tit. 3.

la buona fede, doveasi far mostra di un giusto titolo voluto dallo stesso articolo 2265.

376 Rispetto poi alla prescrizione dei trent' anni, non è di necessità di produrre, nè il titolo, nè la prova della buona fede: così l' art. 2262 del codice medesimo. Ivi si pone la teoria che dopo il trascorrimento di questo lungo intervallo, siasi per effetto del solo tempo costituito sufficiente causa a possedere in pieno dominio. Il vizio dell' usurpazione resta coperto dalle assicuratrici qualità del possesso, giusta le indicazioni dell' art. 2229, duraturo per trenta anni, continuo e non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietà. I legislatori francesi pensarono con tali caratteri emendata la primitiva viziosa possessione, e giustificata l' esclusione dell' intoppo della mala fede: giacchè altrimenti venivasi a render vano il divisamento della prescrizione sancita per l' eminente interesse di fare sicuri i possedimenti, ed agevolata dalle facilitazioni dell'art. 2234 dello stesso codice francese; mercè il quale il presente possessore, che provi di avere anticamente posseduto, si presume avere anche posseduto nel tempo intermedio, salva la prova in contrario.

Riguardo all' unione di possesso l'art. 2235 collegava quello del possessore attuale col possesso del suo autore, *qualunque sia la maniera con cui vi fosse succeduto, tanto a titolo universale che particolare, quanto a titolo lucrativo ed oneroso.*

377 Sono alquanto diversificate le massime adottate su tale materia dal codice austriaco. La collegazione dei possessi è pure ammessa dal § 1493 di questo codice, coll' intento di garantire, mediante leggi di prescrizione, il possesso e le stipulazioni, e di scemare i litigi. L' antecedente § 1463 desso pure suppone un antecessore nel possesso, e per ciò l'annodamento di più possessi.

Con rigorosa moralità il ridetto codice al § 1477, nella lunga prescrizione dai 30 o 40 anni, non obbliga a presentare il giusto titolo; bensì esige la buona fede nel possesso, la quale sta nell' opinione che la cosa sia propria (§ 326 C. A.). Ma presumendosi nel dubbio la buona fede (§ 328), la legge nell' indicato § 1477 ingiunge la prova della mala fede del possesso a colui che impren-

de a contrastarlo per illegittimo. Laonde con aggiustatezza esegetica il celebre giurista Zeiller scrive commentando cotesto ultimo paragrafo = *Se l' avversario potesse provare che il possessore avesse conseguita la cosa per un titolo illegittimo, l' usucapione non sarebbe infirmata; bisognerebbe provare che la cosa fosse stata posseduta di mala fede, non già per semplice errore del titolo.*

A cotali dettati legislativi aggiungendosi la disposizione del § 1493 sulla prescritta buona fede nel caso di riunione di più possessi, sorge nell' animo il dubbio se siano ancora in tale tema applicabili le dottrine del jus romano suesposte. Si affermerà senza dubbiezza doversi riconoscere legale la catena dei possessi, quando questa spunti non interrotta da titolo universale o singolare, lucrativo od oneroso; quando in tutta la serie dei possessi predomini la buona fede de' possessori. Qualora poi cotesta buona fede non si riscontrasse in tutti, entrerebbe ognora in campo il dettame, che il successore particolare di buona fede dà principio al computo del proprio legittimo possesso: non così del successore universale, il quale pei rapporti giuridici non esce dei panni del suo autore, non avendo titolo suo proprio di legittimità, come si deduce dal § 1462 del cod. Ed il successivo § 1464 richiede inoltre, che il possesso non sia vizioso. I caratteri del possesso vizioso sono delineati dal paragrafo medesimo e dal precedente 345.

378 Noteremo per ultimo essere chiaro il pensiero del § 547 del cod. sud., che, rimasa vacante la successione, decorre l' usucapione e la prescrizione, quasi fosse vivente il trapassato, a pro dell' erede — Citiamo, onde sia all'uopo consultato, il Romagnosi sull' *unione del possesso dell' autore e del successore per far valere l' annale possesso provvisoriamente manutenibile. Condotta delle acque.* Parte I, libro III, capo I, sezione III, § 30, volume V.

ARTICOLO XXIX.

Non uso. Suoi effetti giuridici.

379 Non trattasi qui di quell'uso consistente nel *jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia:* di quell'usuario che non può *ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere;* ma solamente prendere sui frutti quanto può consumare pei propri bisogni, secondo le intenzioni di un testatore o di contraenti.

Bensì vuolsi discorrere dell'ommissione di tenersi in possesso di un diritto, e degli effetti che ne seguono da cotesto *non uso;* nel che può aver relazione col presente scritto.

380 Premettiamo la nozione, che i danni del *non uso* ricadono sopra chi tiene in possessione di piena proprietà la cosa pregiudicata, ancorchè l'uso materiale ed il godimento della stessa fosse abbandonato altrui, ad un affittuale, ad un usufruttuario, ad un amministratore. Tuttavia cotestoro rappresentando il proprietario nel possesso o quasi possesso dei diritti loro affidati, soggiacciono al dovere di farne un conveniente uso per conservarli. Per ciò appunto la giurisprudenza li fa risponsabili verso il padrone del recato detrimento. Il codice napoleone fra gli altri negli articoli 614 e 1428 ne fa un' applicazione.

Il *non uso*, prolungato pel periodo di tempo stabilito dalle leggi, equivale ad una tacita rinuncia. È un fatto che fa supporre l'abbandono di un diritto: C. N. art. 2221 = C. C. A. § 1471, 1484, 1486, 1488 ed altri.

La giurisprudenza romana presenta parecchie disposizioni sull'estinzione dell'usufrutto mediante il non uso della possessione usufruttata (1).

381 L'usufruttante non usa della cosa, quando nol faccia egli

(1) Sentenza del giureconsulto Paolo, lib. 3, tit. 6, § 33. — Cod. civ. austr. § 504, 505, 506, 507. — Cod. Nap. art. 628, 629, 630, 631.

stesso per sè, o per mezzo di un altro, come del compratore, del donatario, del conduttore dell' usufrutto stesso, o di un tale che ne tenga la gestione (1). *Utimur, fruimur, si nostro nomine alius utitur.*

Non si reputa però che io usi del mio gius di usufrutto, venduto o locato, ricevendone il prezzo, qualora altri usufruttino in nome loro, non mio (2).

« Se quegli che tiene in usufrutto una cosa, credendo di non » averne che l' usamento, ne usa soltanto, ma non ne fruisce, con- » serva o no il suo usufrutto? Se egli sa di essere usufruttuario e » si contenta dell' uso, si estima tuttavia ch' ei ne fruisca; ma se » lo ignora, io penso, dice Paolo, ch' ei perda l' usufrutto, perchè » si serve non di un diritto che ha, ma di un diritto che crede di » avere (3). » Il che va consentaneo a quell' assioma, che *plus nocet opinio, quam prosit veritas.*

Finalmente decide lo stesso giureconsulto, che se un usufrutto si lasciò in un testamento da godere un anno sì, l' altro no, col non uso non si può perderlo, atteso che sono più legati (4).

L' usufrutto di una cosa immobile presso i romani non si perdeva se non dopo un decennio tra presenti e venti anni fra assenti. Disputano poi i giuristi se tale usufrutto sia cosa mobile: nel qual caso basterebbe un triennio. Nei codici moderni la prescrizione ordinaria sarebbe d' una trentina d' anni (5).

382 Le servitù poi, secondo il codice civile austriaco, non che gli altri diritti speciali sul fondo altrui, quando siano iscritti nei libri pubblici consecrati alla conservazione della proprietà, si acquistano e perdono rispettivamente dopo il decorso di tre anni; § 1469: non esistendo quei libri, in anni trenta; § 1468, 1470.

Secondo il codice napoleone le servitù ed il modo delle ser-

(1) L. 38 dig. lib. VII, tit. 1. — L. 39 ivi.

(2) L. 29 dig. lib. VII, tit. 4. — L. 12 § 3-4 dig. lib. VII, tit. 1. — L. 29, § 2 dig. lib. VII, tit. 4.

(3) L. 20 dig. lib. VII, tit. 4.

(4) L. 28 luogo citato.

(5) Cod. Nap. art. 617, 2262 C. C. A. § 1468, 1470.

vitù si estinguono col *non uso* per venti anni; art. 706; i quali cominciano a decorrere, giusta le diverse specie di servitù; se continue, dal giorno in cui si fece un atto contrario alla servitù; art. 707, 708 del cod. nap.; se discontinue, dal giorno in cui si cessò dall' usarne; articoli suddetti. Così il diritto di passaggio si prescrive col *non uso* di trent' anni: il diritto di prospetto nemmeno in sessanta, se la casa alla quale è dovuta la prospettiva, in questo frattempo restasse inabitata: se i fori non si chiudessero, la servitù continua a sussistere: rimane prescritta se vennero chiusi (1). E in vero la servitù di passaggio non si manifesta al di fuori, che pel fatto dell'uomo che la esercita: il non uso per trenta anni la fa perdere. Ma nel caso della prospettiva, la servitù non abbisogna dell' opera dell' uomo per essere tenuta in attualità: è tale per il solo fatto della luce serbata aperta. Laondo il *non uso* ha cominciamento dalla chiusura di quella.

In quanto alle servitù negative, v. g. quella *altius tollendi*, egli è chiaro che si tiene viva mediante il non uso della costruzione da parte del proprietario serviente. Comincerà la prescrizione al primo agire contro la servitù mentovata; per parte del padrone del fondo dominante se sarà il genere di servitù affermativa: se negativa, da parte del padrone del fondo servente (2).

Conformemente al jus comune il prefato codice napoleone agli articoli 709, 710 statuisce, che se il fondo dominante appartiene a più persone, l' uso fattone da uno impedisce le conseguenze del *non uso* riguardo a tutti. Alla quale giurisprudenza farebbe indirettamente eco l' austriaca al § 1473 del codice civile, e verrebbe riscontrata uniforme al jus romano, il quale dispone, che non può rinunciarsi utilmente se non da tutti i comproprietari del fondo, cui è dovuta la servitù. E la ragione si è, che, sendo indivisibili le servitù, non si possono acquistare per parti, nè per parti estinguersi, benchè sia dato il parzialmente conservarle; per-

(1) Delvincourt, *Inst. de droit civil français* t. I, livre II des servitudes, sect. IV, nota.

(2) L. 6, § 1 dig. lib. 8, tit. 2.

ciocchè è più facile il conservare, che l'acquistare o il distruggere (9).

383 L'analogia del tema ci richiama al disponimento del codice civile austriaco paragrafo 1471, dove, trattandosi di diritti, il cui esercizio avvenga raramente, come quello di conferire un benefizio o di obbligare taluno alla spesa della riparazione di un ponte, viene dichiarata la insufficienza dei trent'anni ad usucapire, allorchè manchi l'emergenza, in quell'intervallo di tempo, dell'occasione presentatasi di usare di quel diritto. Il *non uso* per tre volte trascurato od inseguito per difetto di destro, fa perdere l'acquisto connesso coll'esercizio per tre volte del diritto, o ne interrompe il possesso: ond'è che debbasi ricominciare da capo il periodo dell'usucapione. Vedasi il commento dell'illustre *Zeiller* al detto parag. 1471.

Il diritto romano su tale argomento, come presso che su tutti gli altri argomenti giudiziali, è alquanto sottile. Così vuole desso, che l'interruzione nell'esercizio di una servitù che alcuno tiene sulla mia casa, abbia ad essere continua, quale sarebbe la servitù di torre il lume alle finestre. Si potrà questa prescrivere, acquistando per usucapione la libertà della mia casa, qualora la mia casa si erga più alta: *non lo potrei tenendovi piantato un albero, poacciochè non istà come il muro immobile in un sito, atteso il suo naturale muoversi delle frondi* (10); in guisa che quell'accidentale movimento va interpolatamente oscurando il lume, non già incessantemente, di continuo senza interruzione.

È altra dottrina del jus romano che non si possa usucapire la libertà della servitù se non si possiede la casa = *Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur*. Per lo che se taluno abbia innalzato la propria fabbrica e poscia desista dal possedere avanti il termine per la usucapione, questa è interrotta: *interpellata usucapio est*. Bensì colui che cominciasse a tenere in possesso quell'edificio, ne verrà acquistando la libertà col decorrimento

(1) L. 34, § 1, dig. lib. 8, tit. 3.
(2) Così Pomponio nella l. 7 dig. lib. 8, tit. 2.

del tempo tutto richiesto per la usucapione = *integro statuto tempore libertatem usucapiet;* = perciocchè *le servitù di lor natura non possono essere possedute, ma intendesi averne il possesso coloro che posseggono il casamento* (1).

Tutto questo viene stanziando il romano diritto riguardo alle servitù urbane. Riguardo alle rustiche, esse si estinguono col *non uso:* e questo accade allorquando niuno se ne serve in nome del fondo dominante. Tuttavolta si conserva il jus di servitù col mezzo del socio, dell'usufruttuario e del possessore di buona fede; la quale ultima espressione vale ad indicare, che basta il servirsi del passaggio a nome di colui che tiene il fondo; *nam satis est fundi nomine istum esse.* « Quindi se taluno in buona fede acquistò » un fondo che non apparteneva al venditore e si è servito del » passaggio dovuto a questo fondo, la servitù del passaggio verrà » conservata. Sarà lo stesso di chi possiede a titolo di precario, o » dopo espulso il proprietario con violenza; perocchè il fondo fu » posseduto tale quale esso era, e in conseguenza non ha perduto » i diritti annessivi; nè avvi divario che sia giustamente o no pos» seduto. » = In genere *la servitù si conserva coll' uso che ne fa colui, al quale è dovuta,* o chiunque altro usa della cosa, *usu retinetur servitus;* sia per venire a quel fondo, o per andarne fuori, e se ne sia servito come di cosa a lui dovuta, *licet malae fidei possessor sit.* Così pure si conserverà il diritto di acquidotto se l' acqua scorre per sè stessa nel canale (2).

384 Ma è bene da avvertirsi, siccome ne addottrina Proculo (3), che l' acquidotto non si conserva mediante l' uso che se ne fa in nome del possessore di un altro fondo; e che vanno riputati quai proprietari di diversi campi coloro che possedono diverse porzioni di un campo diviso, sicchè il fatto dell' uno nè giova, nè nuoce all' altro. Pothier, pandette, libro ottavo, titolo sesto, n. XII.

385 In questo tema degli effetti del *non uso* nelle servitù, a chia-

(1) L. 32, § 1 dig. lib. 8, tit. 6.
(2) Legge 6, 12, 20, 21, 22, 23, 24 del dig. nel lib. VIII, tit. VI.
(3) L. 16 dig. lib. VIII, tit. VI.

rire alquanto le astruse e in uno rilevanti oscurità ed incertezze, proseguiremo a rapportare per lume e guida alcune decisioni, autorevoli come pratica giurisprudenza, dei romani legisti.

Abbiamo testè accennato, che nelle servitù consistenti nell' impedire di fare una cosa, desse non si perdevano coll' commetterne soltanto di farne uso, ma colla usucapione della libertà.

Era di necessità che quanto concedevasi di fare in certi periodi di stagione e di ore, non venisse intrapreso in altri. Per ciò decideva il g. c. Paolo: *se quegli cui compete l' acqua notturna, la prenda di giorno, durante un intervallo occorrente per la prescrizione, egli perde col non uso il diritto di tale acqua in tempo di notte.* Lo stesso dicasi di chi non usa delle acque che fuori delle ore prefisse (1).

Dionisio Gotofredo su tale argomento ci espone il dettato: *Servitute indebita utens, eam neque utendo adquirit, et sibi debitam amittit; secus si laxius jure servitutis sibi debitae utatur.* Quest' ultimo detto si riferisce al caso che siasi nell' uso della servitù operato più di quanto era facoltativo di fare. Nell' operare più largamente *(laxius)* vi si comprende il meno. E così dicasi di chi fa il meno che può fare: p. e. conservasi intera la servitù, ancorchè s' irrighi solo parte del campo, e si eserciti solo una parte di passaggio, purchè non facciasi diversamente da quello ch' era lecito. A perdere il diritto di servitù attiva, nulla influisce, verbigrazia, ch' io mi sia servito di un passaggio più largo o abbia transitato con numero maggiore dei determinati animali, o con acqua estranea frammista alla mia, onde il volume acqueo sia più del consueto ingrossato. In tutti questi casi decide il giureconsulto romano la servitù non essere estinta; ma non si viene neppure ad acquistare il gius di far più di quanto venne determinato nella relativa stipulazione = *non autem conceditur plus quam pactum est, in servitute habere* (2).

(1) L. 10, § 1 dig. lib. 8, tit. 6.

(2) Il g. c. Marcello nel dig. lib. 8, tit. 6, alla legge 11 va in consonanza con la teoria della l. 9 § 1 dell' antecedente tit. 5 scritta da

E se due persone che conducevano acqua per lo stesso canale, se la scambiarono nelle ore rispettivamente assegnate? Non perderono per prescrizione nè l'una nè l'altra il diritto a ciascheduna competente; giacchè, servendosi l'una per l'altra dell'acqua, si conservarono il rispettivo diritto. Bisogna però ch' abbiano entrambe pensato di far uso della propria servitù attiva; la qual cosa non avverrebbe a riguardo di colui, che credette prevalersi d'una via pubblica piuttosto, che della propria, o di un' altra qualunque siasi servitù, non a proprio vantaggio, ma di altri (1). È assioma = *servitute usus non videtur, nisi is qui eso jure uti se credidit.* Necessita aver l' intenzione di valersi della servitù propria, e che si usi in fatto di ciò che era precipuamente l'oggetto della concessione, e non qualche cosa di affatto diverso, o di cosa stata conceduta come ammiuicolo della servitù. Laonde, se alcuno si giovò d' altra acqua che di *quella pattuita nell' atto d' imporre la servitù, il jus di servitù è spento.* La stessa teorica si applica alla servitù di via (2).

Una sentenza di Labeone verrebbe in conferma di tutti i suesposti principj. Se chi ha jus di *attingere (qui haustum habet) si approfittò d' ire alla fonte lungo* il corso della prescrizione, senza estrarvi acqua, *ei perde eziandio il diritto di passaggio* (3); per la teoria che il giurista Bartolo trasse dalle leggi 129-178 del digesto *de regulis juris* = *Principale qui amittit, perdit accessorium.*

Prosegue il jus romano nelle argute distinzioni; e ci ammonisce col mezzo del g. c. Paolo, doversi avvertire, nel perdere o conservare le servitù, alla diversa causa da cui possono procedere = « Se prima mi fu concesso il jus di condurre acqua nelle ore

Paolo sul *si quis plus utatur, aut minus* — Vedi lo stesso Paolo alla l. 8, § 1 dig. lib. 8 tit. 6, ove dice: *Is, qui per partem itineris it, totum jus usurpare videtur.*

(1) L. 5 § 1 dig. lib. 43, tit. 20.

(2) L. 18, lib. 8, tit. 6.

(3) L. 17 dig. lib. VIII, tit. VI.

» notturne, e poscia con altra concessione mi si diede il diritto di » condurla nelle ore diurne: e pel tempo statuito per la prescri- » zione *(per constitutum tempus)* mi giovai soltanto dell'acqua di » notte, io perdo il diritto dell' acqua diurna, per ciò che in tal » caso sono più servitù procedenti da cause diverse (1) ».

Se non che, qualora la servitù fosse dovuta da più fondi, insegna Pothier nelle sue pandette (2), valicando dall' uno all' altro per una medesima linea longitudinale, questo non basta per dedurne che proceda da più cause. Così allorchè la servitù di via, ne avvisa Ulpiano, venga imposta sopra più fondi, nulla ostante è una sola servitù, come una sola strada (3).

E si domanda per ultimo, se passando per un fondo durante il tempo della prescrizione, si conservi la servitù: e decide il giureconsulto ch' *io deggio o perderla o conservarla per intiero; laonde, se non passai per veruno dei fondi, la ho perduta tutta intera; ma se passai anche per uno solo, io la conservo tutta* (4).

Viene a dilucidare questa materia l' autorità di Celso (5). Il quale ne istruisce, che « se il fondo è diviso in parti fra soci, per » ciò che risguarda la servitù dovuta a tal fondo, è lo stesso come » se in origine la servitù fosse stata dovuta a due fondi; e cia- » scheduno dei proprietarj per sè conserva la servitù, per sè la » perde col *non uso*: in tal caso le ragioni di quei fondi non si » confondono tra di loro, ed il proprietario del fondo servente » non ne soffre verun discapito; anzi la sua condizione diviene » migliore, perchè quegli dei proprietarj che si serve del suo di- » ritto, reca profitto a sè e non a tutto il fondo. » Il che accaderebbe, aggiunge Pothier, lib. 8, tit. 6, n. XVI delle sue pandette, se il fondo fosse indiviso.

E se il vicino, cui era dovuta la strada sopra il fondo di due

(1) L. 17 *de aqua ducenda; de non usu;* nel dig. lib. 39 tit. 3.
(2) Libro VIII, tit. VI, n. XV.
(3) L. 18, lib. VIII, tit. 3. = e la l. 18 § 1, ivi Vedi la nota del citato Pothier.
(4) L. 18 del digesto lib, 8 tit. 3, sentenza di Ulpiano.
(5) L. 6, § 1 dig. lib. VIII, tit. VI.

proprietarj, posto in una sola e medesima linea longitudinale, non fosse, per il tempo della prescrizione, passato che sul mio campo, e non passò sul tuo, avrà egli con tale non uso liberato la porzione del tuo fondo?

Lo stesso Celso risponde esservi luogo ad un poco più di dubbio. Prosegue il romano giureconsulto osservando, che se il luogo della strada è prefinito, ed il fondo viene diviso secondo la lunghezza o longitudine della strada (dividendosi i fondi anche per latitudine), bisognerà tener le cose, come se al costituirsi della servitù, avessero esistito due fondi diversi: che se il fondo fu diviso, rispetto alla via, per latitudine, sia uguale od ineguale, allora il diritto di servitù rimane quale era prima della divisione: *tunc manet idem jus servitutis, quod, fundo indiviso, fuerat.* — E nol si può nè conservare coll' uso, nè perdere col non uso, fuorchè intero.

Infatti la divisione per lunghezza della strada, fa due strade ristrette, non due mezze strade. E se si profitta, continua Celso, di quella sola mezza strada, ch'è sopra l'uno dei due fondi, l'altro non rimarrà per questo liberato: posciachè il diritto di via resta sempre uno ed indiviso, *quoniam unum atque eo modo individuum* (o *indivisum*) *viae jus est.*

È inutile l' avvertire, che la presente decisione non riflette il caso che sia facoltativo il passare su qualsivoglia parte del fondo; nè il caso che il fondo sia diviso in guisa che si possa ugualmente passare ovunque su di esso.

Circa la servitù consistente nella facoltà di fare alcuna cosa sul fondo altrui in un giorno per ogni lustro, gli antichi tentennarono nel prefiggere il tempo del *non uso* necessario ad estinguerla. Giustiniano stabiliva i quattro lustri (1) *quatuor quinquennia, id est vicennio.*

Nel tempo necessario a perdere le servitù col non uso, il jus romano imputava il *tempo, durante il quale il precedente possessore del fondo dominante non si è servito della cosa* (2).

(1) L. 14 *de servitutibus et aqua* C. lib. III, tit. 34.
(2) L. 18, § 1 dig. lib. VIII, tit. VI.

Questo tempo non correva contro il pupillo; e siccome la causa della servitù è indivisibile, in concorso d' un pupillo, mediante l' impedimento, sospendevasi la prescrizione della cosa che fosse in comune proprietà con un maggiorenne, anche a profitto di quest' ultimo (1).

La prescrizione di una servitù non si effettua contro un luogo religioso favoreggiato dalla legge: quindi pel non uso non si prescrive il possesso ad un sepolcro (2).

Ugualmente non si perde una servitù attiva pel *non uso* necessitato da un impedimento naturale, come accadendo ad un fonte disseccamento naturale. — Riproducendosi la vena dell' acqua, si ricupera la ragione di fruirne (3).

Pomponio fa il caso, ch' io, vendendo una parte del mio fondo, abbia patteggiato di condurre l' acqua della parte venduta sopra quella che mi rimane. Ho lasciato trascorrere il tempo della prescrizione pel non uso di tale riservatomi diritto di scavare l' occorrente canale. Io non perdo il mio diritto, perchè non ancora esistente l' acquidotto: *manet mihi jus integrum*. Ma scavato il canale, e non usatone, il mio diritto prescrivevasi (4).

L' estinzione della servitù pel *non uso* è profittevole al fondo serviente, il quale viene sciolto dal vincolo; non profittevole a coloro che partecipano a servitù attiva della medesima specie. La perdita adunque, mercè il non uso, ridonda a profitto di quegli che doveva prestare altrui la servitù (5).

Per non estendermi di più, a compimento di questo tema esorto a consultare, allorchè ai legali se ne presenti il bisogno, un assai pregevole lavoro, scritto con nitidezza e con profondità di giurisprudenza, propria dell' insigne veterano i. r. professore di

(1) L. 10 dig. lib. VIII, tit. 6.
(2) L. 4 loco sopra citato.
(3) L. 24, 25 del dig. libro III, tit. IV.
(4) L. 49 dig. lib. VIII, tit. VI.
(5) L. 16 dig. libro VIII, tit. VI.

diritto alla celebre università di Pavia, dottore in legge *Agostino Reale* (1).

ARTICOLO XXX.

Interruzione del possesso.

386 È aforismo legale che per una via di fatto non s'interrompe il possesso: *si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret; cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat* (2). Il discacciato da un possesso si considera possessore; giacchè la forza brutale non può spogliar d'un diritto. E d'altra parte si acconcia a questo caso l'assioma legale, che *qui habet actionem ad rem, intelligitur rem ipsam habere;* desunto dalla sentenza di Modestino nella legge 52 del digesto al libro 41 titolo primo. Non è difficile il convenire che tale giurisprudenza si ravvisa puntellata nel tenore del § 339 del cod. civ. aust. attributivo della facoltà di farsi mantenere nel possesso che venisse turbato.

387 Nella legge diciassettesima al paragrafo primo, sopra citata, aggiunge Ulpiano, che « tra il possesso e il dominio passa questa » differenza, che il dominio rimane a colui che non vuole essere » proprietario, ed il possesso si perde quando non si vuol posse- » dere. Per lo che se trasferiscasi in altri il possesso col proposito

(1) *Istruzioni intorno alle servitù rurali, eccettuata la materia degli acquedotti:* edite in Milano presso Fortunato Stella 1835. Vedasi specialmente il § VIII: *Estinzione delle servitù per il non uso di esse,* pag. 215 e seguenti.

(2) « Se alcuno è mandato fuori con violenza dalla possessione, » ritener si dee come se possedesse; giacchè mediante l'interdetto *de vi* » ha facoltà di ricuperare il possesso; » così Ulpiano nella legge 17 del dig. lib. 41, tit. 2.

È agevole l'accorgersi, che qui si parla di cose immobili, dalle quali soltanto si può venir discacciato, e vi si può applicare l'interdetto *unde vi.* Il che non ha luogo nelle mobili.

» di riaverlo, si cessa di possedere. » V. Poth. pand. lib. 41, tit. 2, n. 48.

Cotali sottigliezze sono forse alquanto disnebbiate nell'altro articolo del presente opuscolo = *Conservazione del possesso e sua perdita* = Art. XXXI. Ora a chiarire la sentenza di Ulpiano anzi esposta riflettiamo con Pothier, che a tenore del romano diritto non si può perdere il dominio, qualora tengasi fermo il possesso; ed all'opposto si può abbandonare il possesso, ritenendo il dominio. *Dominium nuda voluntate non amittitur*: perocchè senza il fatto nostro non si perde il dominio. Non coi semplici patti, a termini della predetta legislazione romana, ma colle tradizioni ed usucapioni trasferivansi le proprietà.

Così qui ripetiamo, che la morte del colono non interrompe il possesso; ma vi si arroge quanto appresso.

388 Nel jus romano la scuola dei Sabiniani pensava, che il possessore in vece nostra avesse la facoltà di deporre l'animo di possedere per noi. Il parere contrario professavano i Proculejani. Il g. c. Africano adottò l'opinione de' primi in vista della pubblica utilità, onde non ne seguisse, che, morto il colono, si dovesse considerare sospeso il possesso in corso (1). Ciò aveva effetto allorchè il padrone negligentasse di ripigliarlo.

Diverso è il caso che il colono avesse spontaneamente abbandonato il possesso che teneva pel padrone. Quest'ultimo, giusta la scuola sabiniana, perderebbe il possesso: giusta la proculeiana, non si perderebbe il possesso. Risentendone io danno, sorgerebbe l'azione di dolo malo contro colui che si distolse dal possedere in mia vece.

389 Resta interrotto il possesso, allorchè quegli, cui è facoltativo il possedere, talora si vede impedito dall'entrare nell'effettivo godimento a motivo di un attuale detenzione per usufrutto, per pegno e simili. Ed ugualmente avvi interruzione civile alloraquando con piato giudiziale tentasi di torre il possesso: il quale interrompimento non sospende propriamente la usucapione, giacchè il pos-

(1) L. 40, § 1 dig. lib. 41, tit. 2.

sessore convenuto in giudizio continua a possedere, siccome ne apprendono i giureconsulti romani (1). Tale teoria si applicava tanto se fosse l'immediato donatore o venditore che promovesse la causa di rivendicazione, quanto se fosse l'anteriore proprietario.

390 Se il possessore impazzisse, da che si tiene il possesso colla volontà, non avendola il pazzo, potrebbe dubitarsi se quest'ultimo si avesse a riputare scaduto dalla possessione e dall'usucapire. Ma si decise negativamente a cagione di utilità, vale a dire acciocchè la malattia della mente non danneggi, come sarebbe durante il sonno, l'andamento degli affari = *utilitate suadente*, scrive Papiniano (2) *relictum est* (receptum, secondo Cujacio), *ne languor animi damnum etiam in bonis adferat, ex omni causa implere usucapionem.*

Le uguali teoriche sono da applicarsi al colono ed all'inquilino, mediante i quali noi possediamo (3).

391 A maggior ragione si potrebbe dire, che l'usucapione non verrà interrotta a causa della demenza di chi non possede se non che coll'intermezzo d'altra persona (4).

392 Non si trapassi questo luogo senza osservare, che, sebbene

(1) Marcello nella l. 2 dig. lib. 41, tit. 6. « Se quegli, che donò » una cosa d'altri, si proponesse di rivocare la donazione, correrà la » usucapione malgrado la contestata lite e vendicazione » canone giuridico ripetuto da Paolo al § 21 dell'antecedente legge seconda del dig. lib. 41 titolo quarto *pro emptore*. La contestazione della lite non interrompe la mia usucapione: *non interpellari* (interrompere) *usucapionem meam litis contestatione.*

(2) Legge 44, § 6 dig. lib. 41, tit. 3.

(3) Legge 31, § 3 del g. c. Paolo nel dig. lib. 41, tit. 3: *Idemque*, ei dice, *in colono* (in agro) *et inquilino* (in aedificio), *per quos possidemus, dicendum est.*

(4) La legge anzidetta 31 al success. § 4. = *Si vi, aut clam, aut precario possessionem nactus quis, postea furere coeperit: et possessio et causa eadem durat de hoc, quod precario furiosus habet; quemadmodum interdicto quoque Uti possidetis furiosi nomine recte experimur ejus possessionis nomine, quam ante furorem per se, vel post furorem per alium nactus est.*

siasi detto, per sottigliezza di jure la lite giudiziale non interrompere la usucapione; nondimeno si sospende il suo corso in virtù della lite medesima. Laonde è da abbracciarsi per domma legale, che dopo la introduzione della contesa avanti i tribunali si computa solamente il tempo precedente; e che se il reo convenuto per vendicazione avesse dovuto soccombere, la cosa, non ancora usucatta, andava restituita (1).

Abbandonata la lite ed incorsa l'usucapione, non è più lecito l'inquietare il possessore. Tale è il rescritto degl'imperatori Severo ed Antonino = *La proprietà essendo passata ad un nuovo proprietario di buona fede dopo che fu promossa ed abbandonata la questione, ed essendo in appresso scorsi altri vent'anni senza interruzione, non si deve più inquietare la persona che ora possede. Siccome essa non si serve dall'unione di possesso del precedente proprietario ch'è inquietato* (cioè del primo possessore); *così non deve essere impedita pel motivo che a lui è mossa controversia* (al primo possessore). *Ma se il proprietario antecedente fu inquietato, benchè sia in appresso rimasto nel possesso per lungo tempo senza interruzione veruna; nondimeno egli non può servirsi della prescrizione di lungo tempo: e ciò conviene osservare anche rispetto alla repubblica* (2).

In pari guisa la giurisprudenza romana non dava valore d'interruzione di possesso ad una semplice denuncia (3).

Appo i romani s'intercideva il possesso a colui che veniva in

(1) Legge 2 e 10 del cod. rom. lib. 7 tit. 33 = legge 26 dello stesso cod. lib. 3, tit. 32; e legge 18 del digesto lib. 6 tit. 1 = Vedansi le pandette di Pothier lib. 41 tit. 3, n. LXI.

(2) Così la legge prima del codice giustinianeo, libro settimo, titolo trentatrè.

(3) Scevola nella l. 13 dig. lib. 41, tit. 4 decide il seguente caso: *Un tale comperò un' area in buona fede non propria del venditore, ed edificovvi sopra avanti di usucapirla. Il padrone del terreno denunciò i suoi diritti al compratore, il quale continuò nel lungo tempo del possesso prescritto. Si domanda se il tempo della prescrizione sia interciso. Si rispose non essersi intraversato il possesso.*

servitù del nemico. Al presente la morte civile verrebbe a produrre forse pari effetto della cattività presso il nemico.

Per decidere se una sequestrazione di beni, ordinata dalla magistratura, interrompe il possesso, è mestieri conoscere con quale intenzione e scopo siasi determinata, se per torre il possesso o custodirlo (1).

La consegna ad un creditore di cosa assegnata in pegno, mantiene per usucapire nel possesso il proprietario della medesima: il pignoratario non la possiede per acquistarla coll'usucapione, ma per esercitare il diritto di subastarla a soddisfazione del proprio credito (2).

393 Nel corpo del jus romano riscontriamo nella succitata legge di Giuliano (3), che « se un creditore tenga un fondo a titolo di » pegno, ancorchè il tenga a titolo precario, acquisterà ugual- » mente mediante il lungo possesso l'usucapione; posciachè, come » non impedisce l'usucapione il possesso del creditore; così a » maggior ragione non la impedisce la concessione a precario dal » debitore pignorante acconsentita: » *cum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet.* La quale ultima frase significherebbe per avventura, che il debitore bisognevole di usucapire, può a tale intento possedere per mezzo del suo creditore pignoratario. Laonde, siccome il debitore si reputa possedere mediante il suo creditore, in quanto alla causa della usucapione; così colui che porge una cosa in pegno, l'acquista per usucapione, non già possedendo realmente, ma per finzion della legge, fino a tanto che resta presso il creditore: *qui pignori rem dat, usucapit quamdiu res apud creditorem est.* Che se il creditore la trasferisce in altri, s'intercide l'usucapione: *si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio.* Pei rap-

(1) L. 39 dig. lib. 41 tit. 2 del g. c. Giuliano.

(2) Legge 16, tit. 3 dig. lib. 41, ed il cod. civ. austr. al § 1462; non che la legge 36 del sud. dig. lib. 41, tit. 2, la quale dice: *colui che a titolo di pegno fa la tradizione di un fondo al creditore, si reputa continuare a possederlo.*

(3) L. 36 dig. lib. 41, tit. 2.

porti riferibili all'usucapire, il pegno può pareggiarsi al deposito ed al commodato. *È palese,* dice Giuliano (1), *che l'usucapione cessa di aver luogo, se il commodatario od il depositario consegnò a terza persona la cosa commodata o depositata.* Conforme a tali principj è il § 1462 del C. C. A.

394 Egli è poi certo, che quegli il quale viene posto in possesso per la conservazione dei legati non interrompe il possesso di colui che come erede acquista per usucapione; dappoichè detiene la cosa per semplice custodia (2).

Il solo titolo di erede non dà luogo all'usucapione (3). L'erede rappresenta la continuazione del possesso del proprio autore trapassato; se quest'ultimo possedeva viziosamente, il suo rappresentante per jus ereditario, non tenendo titolo giusto, è inabilitato ad usucapire. V'è per altro un caso, secondo Pothier, in cui il titolo di erede può di per sè solo essere causa di usucapione, allorquando si trovi nell'eredità una cosa d'altri, la cui esistenza era ignorata dal defunto, e quindi l'erede realmente non succede ad un possesso vizioso (4). Pothier in ciò si conforma all'opinione dei giuristi dell'antica Roma (5). Nè lascia il dotto

(1) Nella legge 33, § 4 del dig. libro 41 tit. 3. Al quale passo Dionisio Gotofredo appone la glosa: *Debitor, per creditorem; depositor, per depositarium; commodator, per commodatarium (an idem in locatore, qui per conductorem) possidet et usucapit. Usucapio tamen interpellatur* (s'interrompe) *si hujusmodi personae alii rem, crediderunt et tradiderunt: non idem est, si obligaverunt, pignori dederunt, commodarunt, deposuerunt.*

(2) Legge seconda dig. lib. 41, tit. 5: *Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet:* è sentenza di Giuliano.

(3) Legge dell'imper. Antonino, Cod. legge prima, lib. VII, tit. 29.

(4) Pothier, pandette, libro quarantuno, titolo quinto, n. I.

(5) *Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit, posse me usucapere:* è Pomponio che parla nella l. 3 dig. lib. 44 tit. 5. Aggiunge Paolo; purchè avesse la facoltà di ricevere per testamento: leg. 4 dig. lib. 41 tit. V. = E Giovaleno; *quia ea possessio ex jure testamenti proficiscitur;* l. 7, ivi tit. 8.

giureconsulto, onore della Francia, di avvertire gli studiosi: « acciocchè taluno possa con questo titolo (di erede) acquistare per » usucapione è mestieri sopra tutto che per la natura delle cose » abbia potuto essere erede » = *Hinc* 1.° *ut quis quasi ex testamento heres usucapere possit: ante omnia oportet ut testamenti factionem habuerit, saltem passivam* = *Hinc* 2.° *pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit* = *Opinione falsa mortis; pro herede possessio rerum absentis procedere non potest* = *Hinc* 3.° *Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus magis obtinuit* (1).

ARTICOLO XXXI.

Perdita e conservazione del possesso.

395 Quando siasi entrati nel possesso d'una cosa, vi si mantiene per la nuda intenzione, purchè si serbi ognora il diritto e la libertà di usarne a nostro talento, ancorchè non si usi. Laonde per cotal guisa si possedono non solo i poderi tenuti in coltivamento, ma eziandio i diserti e sfruttati, quando bene non si ficchi taluno ad usurparne il godimento. *Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo riteneri potest* (2). Al che corrisponde la definizione del Cod. Civ. Austr. al § 309: *È possessore chi la tiene* (la cosa) *con animo di averla come propria.*

Tale conservazione viene dalla giurisprudenza agevolata col comportare, che al padrone, custode diretto del possesso, subentrino altre persone, p. e. il conduttore, il depositario, il commodatario, il creditore con pegno, l'usufruttuario: *et generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator,*

(1) In carattere corsivo si è qui riportato di seguito sì il testo del Pothier, che le da lui riferite parole dei romani legisti, trascrivendo il brano dall'edizione in foglio reale = *Parisiis* — Cernuti — M. DCC. LII. pag. 147. 148. L. 3, lib. 41, tit. 5.

(2) L. 4 C. lib. 7, tit. 32 de acqu. et retin. posses.

hospes, amicus, nos possidere videmur: e può anche aggiungersi il *colono, l' inquilino* (1). Concordano il cod. nap., il quale nella fine dell'art. 2228 si esprime, che noi possediamo eziandio *per mezzo di un altro che ritiene la cosa, o esercita il diritto in nome nostro*: ed il § 319 del cod. civ. austriaco, mercè cui *quegli, che sino quel punto possedeva una cosa legittimamente in proprio nome, può trasferire il diritto di possesso in un altro, e ritenerlo in nome di questo per l'avvenire.*

« La tradizione non può nè deve trasferire a colui che rice-
» ve, se non che ciò che trovasi presso di colui che dà. Se dunque
» questo ha il dominio sopra il fondo, lo trasferisce mediante la
» tradizione; e se non lo ha, nulla trasferisce a chi riceve » (2). *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (3); la quale sentenza veggiamo eziandio sancita nella finale del § 442 del cod. civ. austriaco.

Siccome acquistasi il possesso per l'intenzione di possedere congiunta coll'attuale detenzione, così parimenti si perde coll'intenzione di non più possedere, spogliandosi della cosa posseduta in qualsiasi maniera, o abbandonandola od alienandola. E per non possedere è sufficiente la sola determinazione a ciò; il che succede quando si rinunci il possesso dal venditore al compratore, pregato da questi il venditore a custodirla per conto del compratore stesso. *Amitti et animo solo potest possessio quamvis acquiri non potest.* Così Domat (4) opina all'appoggio di questa decisione del g. c. Paolo (5); e vi aderisce anche Pothier (6), sebbene precedentemente (7) sembri di avviso contrario. Il codice austriaco al § 319 conferma la qui addotta teoria con quelle parole — *può bensì quegli, che sino a quel punto possedeva una cosa legittimamente in*

(1) Così Cajo nella l. 9 digesto, lib. 41, tit. 2.
(2) L. 20 dig., lib. 4, tit. 1.
(3) L. 54 dig. *de reg. jur.*
(4) *Domat, leggi civili,* libro III, tit. 7, sez. 2, n. 28.
(5) L. 3, § 6 dtges., lib. 41, tit. 2.
(6) Nelle pand. lib. 41, tit. 2, sez. IV, § 3, n. XLVIII.
(7) Ai numeri precedenti dal XXXIX al XLVII.

proprio nome; trasferire il diritto di possesso in un altro, e ritenerla in nome di questo per l'avvenire. Il successivo § 428 ammette tale trasferimento rispetto alle cose mobili *per dichiarazione allorchè l'alienante in modo provevole manifesta la sua volontà, che in avvenire egli riterrà la cosa in nome dell'accettante, o che l'accettante potrà in avvenire possedere per diritto reale la cosa che prima riteneva senza tale diritto* (1).

398 Intorno alla perdita del possesso, che può aver luogo mediante la sola volontà, terremo memoria dell'eccezione in riguardo dei pupilli: i quali possono perdere il possesso materiale senza l'autorizzazione del tutore; *quod est enim facti, potest amittere,* secondo ne insegna Ulpiano (2): non mai possono, deficente l'interposizione pupillare, perdere il possesso coll'animo, cioè giuridicamente. Per lo che è a dirsi, che al pupillo può accadere la perdita della naturale detenzione della cosa, ma non può deporre l'intenzione di possederla senza che avvenga col ministero del suo rappresentante legale. Per il § 244 del cod. civ. aust. il *minore può acquistare con atti leciti, anche senza l'autorità del tutore; ma senza l'approvazione della tutela non può alienare alcuna cosa del proprio, nè obbligarsi.* In sequela alla quale ordinazione il § 310 dello stesso codice stabilisce, che *le persone prive dell'uso della ragione sono per se stesse incapaci di acquistare il possesso. Agiscono in loro vece i tutori e curatori. Gl'impuberi, maggiori dell'infanzia, possono per se medesimi prendere il possesso di una cosa* (3).

(1) Vedansi i commenti ai detti parag. 349 e 428 del dottissimo avvocato *Gioachino Rasevi.*

(2) L. 20 dig., lib. 41, tit. 2.

(3) Il cod. austr. determina senza distinzione di sesso quattro età = *a)* l'infanzia che dura sino ai sette anni compiti: *b)* l'età impubere, sino ai 14: *c)* l'età minore, sino ai 24: *d)* la maggiore, oltre i 24, già s'intende compiti. Vedi il § 21 del cod. sud.

Il cod. franc. all'art. 388 senza distinzione di sesso dichiara minore chi non compì gli anni 21.

I Romani distinguevano l'età pupillare che durava fino alla pubertà, nei maschi sino ai 14 compiti, nelle femmine sino ai 12. Dopo questa, entravano ambo i sessi nella maggiorenne, agli anni 25 compiuti.

A dilucidazione di questo punto sottile richiamiamo il disponimento di alcune leggi romane (1), mercè le quali il possesso si perde col corpo e coll'animo, ed anco solo cessando di tenere corporalmente la cosa, od anche contro voglia solamente, deponendo l'animo di possederla; o per autorità del magistrato, o per forza della legge o di qualche accidente naturale.

599 La volontà di perdere il possesso non è efficace se non in chi può alienare: non nel pupillo se non autorizzato dal tutore. Lo spiega netto la legge romana undecima del digesto libro 41 titolo primo, così concepita = *Pupillus, quantum ad adquirendum, non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis.* Si presti attenzione sulla parola di questa legge *naturalis.* Separando il possesso dal godimento, si rifletta con Dionisio Gotofredo ed il romano giureconsulto Cajo, sulla finale della legge antecedente decima, dig. lib. 41 tit. 1, *aliud esse jus possessionis, aliud jus utendi fruendi.*

La *naturale* possessione non è solo di fatto, ma di jure eziandio; posciachè l'usufruttuario *naturalmente* possiede il fondo di altri, non il proprio: ed ha poi il gius *proprio* di usare e fruire, non il gius di *altri.* Nè si affermi, dice Gotofredo sunnominato, che l'usufruttuario possiede naturalmente, il padrone civilmente: cotesto giurista gravissimo lo nega, asseverando non potervi avere due possessori in solido — Io sarei di avviso diverso. Parmi che Gotofredo confonda il jus di usufruttare, di cui è in possesso l'usufruttante, col dominio diretto, del quale è investito il proprietario.

Perdiamo il possesso anche in onta del voler nostro in contrario, allorquando venghiamo discacciati violentemente da esso. È il dettame del g. c. Paolo (2). *Se io,* dice egli, *consegnai ad altri la cosa, sono spossessato, poichè gli è chiaro possedere noi*

(1) Leggi = 11, lib. 41, tit. 1 del digesto. L. 18, § 1, lib. 41, tit. 2 digest. L. 30, § 1, 2, 3, 17, libro 41, tit. 2, dig. L. 38 § 1; ivi.
(2) Nella l. 3, § 9 dig., lib. 41, tit. 2.

sino a tanto che non ci dispossessiamo di nostra volontà, o di forza altrui: *donec aut nostra voluntate discesserimus,* aut vi dejecti fuerimus = La quale ultima decisione viene confermata da altre leggi romane (1), per le quali si scaderebbe dal possesso, laddove ci allontanasse dall'aver nostro il timore d'invasione di malandrini e di forza maggiore.

Lo stesso diritto romano ci porge un esempio del caso di forza maggiore, nel quale non si perde il possesso, quello di un naufragio che ci sforza a gittare nelle acque le robe nostre. *Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest: quoniam non est in derelicto, sed in deperdito* (perduto), (2). E in vero per tale evento si perde bensì la detenzione della roba, non già la proprietà, nè il diritto di ricuperarla; *quoniam non potest id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est.*

Secondo il diritto romano ed il francese, e, può dirsi, secondo il jus comune in conseguenza, si perde il possesso, dove altri si surroghi in esso e vi si mantenga per un anno, ancorchè ciò accada per usurpamento, quando però la possessione sia stata pacifica (3).

400 Qui viene in acconcio l'insegnamento, che non si perde il possesso d'una cosa, cui vale possedere col solo animo, allorchè non vi pervenga la notizia della sua perdita. È sentenza di Papiniano, che non si è spogliati del possesso senza saperlo: *tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret* (4).

(1) L. 3, § 8 e dalla l. 7 del digesto, lib. 41, tit. 2.

(2) L. 21 § 1, 2 del digesto lib. 41, tit. 2. Vedasi inoltre quanto sta scritto nell'articolo = *Interruzione del possesso* = del presente opuscolo.

(3) L. 2 C. libro 8, tit. 4, *Unde vi:* interdetto addirizzato a ricuperare il possesso, quando siasi perduto per violenza. La legge 2, ora memorata porta = *Ut pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum utilis annus excessit, certissimi juris est: et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit.*

(4) L. 44, § 2 dig., lib. 41, tit. 2. Nella legge antecedente 46,

Si tiene in possesso il fondo ricevuto in pegno, quantunque il servo a cui lo consegnasti te n'abbia discacciato; *quoniam nihilominus per ipsum servum possessionem retinens* (1). Qui la legge romana, riguardando lo schiavo, quale stromento meccanico della volontà del padrone, ne seguitava che siffatta volontà non potevasi annientare, da uno schiavo specialmente, col mezzo della violenza: e certo poi non poteva possedere, nè acquistare nulla per sè stesso.

Nel corpo del romano diritto, e nell' attuale giurisprudenza, abbiamo il principio, che si può acquistare il possesso mediante persona estranea; e molto più se agisce, indipendentemente da veruna dichiarazione, sotto le legali relazioni di un nostro incaricato o per podestà o per uso o per usufrutto o per riguardi di buona fede, come nel caso di società, un socio possede per tutti (2): conseguentemente per mezzo di cotestoro conserviamo il possesso, a tenore di quanto si è superiormente esposto.

Seguendo la regola, che si continua a possedere, mercè l' intenzione, e che *corpore etiam alieno possidemus*, se il conduttore od il commodatario, o simile, alienasse per qualsiasi modo e tempo, trasportandone in altri la cosa locata, comodata o depositata, il proprietario o posseditore precedente prosegue nel suo possesso (3). La quale efficacia d'intenzione, conservatrice del possesso, abbraccia il caso, che l'erede del colono succede esso pure a possedere pel padrone, secondo il giudizio di Labeone (4): e simil-

ivi, lo stesso Papiniano dice = *È detto che il primo possessore continua a possedere fino a tanto che ignora che un' altra persona ha occupato il fondo.*

(1) L. 40 dig., lib. 41, tit. 2.

(2) L. 42 dig., lib. 41, tit. 2, la quale dice = *Un servo comune, avvegnachè si possegga da uno dei condomini in nome di tutti loro, intendesi posseduto per tutti.*

(3) L. 30, § 6. = l. 32, § 1 dig, lib. 41, tit. 2. = la legge 3, § 12, ivi.

(4) Vedi il dig. al libro 19, tit. 2, legge 60, § 1 = *Heredem coloni, quamvis colonus non est, domino possidere existimo.* Non è poi vero che l' erede del colono non duri nella incombenza colonica.

mente il caso che il creditore posseda il pegno con altro diritto, che quello di dominio, e può ritenerne il possesso col mezzo del proprietario della cosa pignorata (1).

All' idea del perdere ritorna novellamente quella del conservare, da noi toccata di fuga sull'esordire del presente articolo.

Oltre gl' individui da principio additati quali serbatori del possesso nostro, si arroge l' osservazione, che, conservandosi col solo proponimento, si suppone questo perseverante ogni volta che i prenominati o muoiano o cadano in furore o lochino ad altri (2).

401 Il codice napoleone è troppo parco di dettami in proposito di possesso nei pochi articoli dal n. 2228 al 2235 ch' esso v' impiega. Ben più fecondo ed assai elaborato è l' austriaco nel capitolo del possesso ai paragrafi 309 al 352. Ai parag. 349, 351, 352 dello stesso si ponno attingere delle sicure guide a stenebrare materia sì sottile e complicata. Ivi è statuita per il possesso la volontà e possibilità di avere in propria balìa la cosa: laonde si perde il possesso, alloraquando non si vuole averla, nè si possa per impossibilità fisica o legale; ovvero non si presenti almeno una ragionevole aspettativa di sostenere ancora viva l' intenzione di ricuperare il perduto possesso, siccome avverrebbe nel caso di un terreno allagato. Egli è poi chiarito solennemente al § 352 che *finchè avvi speranza di ricuperare la cosa perduta, il possesso può conservarsi colla sola volontà;* ond' è confermato il canone del jus romano soprannunciato. Parimente nell' antecedente § 312 è confermato l' altro, che il possesso si acquista colla presa materiale della cosa, laddove sia cosa mobile od immobile: e se di cose incorporali, ossia diritti, col farne uso in proprio nome; purchè in tutti i casi siavi la capacità giuridica della persona; altra regola

(1) L. 37 dig. lib. 41, tit. 2.

(2) L. 25, § 1 dig., lib. 41, tit. 2. = L. 30, § 5, 6, ivi. = le leggi sopra citate, massime alla nota n. 12. = Dice la detta l. 25 di Pomponio = *Coll' intermedio dei coloni, inquilini o servi nostri, noi possediamo; e se avvenga la loro morte, o la loro demenza o che sottaffittino ad altri, si presume che nonostante noi ci manteniamo in possesso*... donec revertentes nos aliquis repellat.

di giurisprudenza sta racchiusa nel precedente § 310 del medesimo codice austriaco.

ARTICOLO XXXII.

Analisi dei due interdetti romani, UNDE VI = UTI POSSIDETIS.

Degli interdetti in genere.

402 Nelle querele per turbazione di possesso, presso qualunque saggia legislazione, possono venire in acconcio ed applicabili i principii, che, accettati nei celebri due interdetti suindicati, debbono risguardarsi quali guide e regole di giuridica ragion comune. Per lo che ci facciamo ad epitomarli nell' attuale capitolo: oltre quanto dicemmo all' *articolo* XII intorno ai due interdetti, *Salviano* e *Serviano.*

Nel libro quarantesimo terzo del digesto si tratta degl' interdetti (1). Questi anticamente, per quanto ne significa Giustiniano nelle istituzioni, libro 4, titolo 15, erano formole di parole, dalle

(1) Diversi sono i pareri sulla etimologia di questo vocabolo, *interdetto.* Taluni la derivano da *interdicere,* che equivale, *denunciare* e *proibire*: ma il pretore tal fiata nulla proibiva, ma comandava. = Altri la derivano da *inter duos dicere;* ma ciò è comune a tutte le altre azioni. = Finalmente si pensò potersi dedurre la denominazione d' interdetto da *interim dicta;* giacchè, dopo la trattazione del possessorio, può susseguire quella della proprietà. Ma avverte il Pothier essere erronea tale opinione, da che in alcuni interdetti vedesi vertente la questione eziandio sulla proprietà o quasi proprietà: l. 2 dig. *de interd.*; libro 43 tit. 4; l. 1, §. 45 dig. lib. 43 tit. 20 *de acqua cottid.*

Osservò Romagnosi (condotta delle acque ec. Parte I. lib. III, § 47) che il pretore col *decreto* comandava di fare e di prestare qualche cosa: coll' *interdetto* comandava di astenersi da una tal altra, soggetto della controversia. Nel linguaggio del jus romano, il comando od ordinanza, sia imperativa, sia proibitiva, si designava col nome di *formula.* Ma ai tempi di Giustiniano adottossi la sola denominazione d' *interdetti,* abbandonando il primitivo senso di divieto.

quali ne risultavano azioni esercibili avanti il pretore che comandava e vietava di fare alcun che in proposito di possesso, quasi possesso, o di qualche altro diritto particolare o pubblico (1).

Ommetto la rassegna degl' interdetti di più maniere, che si riscontrano nel libro del digesto sopra disegnato, spettanti anche oggetti di buon governo, cioè di minuta *polizia*. Mi occuperò solamente di quelli che si riferiscono al ricuperare il possesso, *recuperandae possessionis causa proponetur sub rubrica UNDE VI:* dove si comprendono interdetti racchiusi nel titolo sedicesimo del libro quarantatrè del digesto; il quale titolo, intestato *de vi et de vi armata,* significa versare sulla espulsione da più cose, operata in guise diverse: non che l'interdetto *UTI POSSIDETIS* al titolo successivo diciassettesimo dello stesso libro 43; i cui disponimenti sono diretti a ritenere il possesso, *retinendae possessionis* (2).

Non sarà per tutti inconcludente il ricordo scientifico, che gl' interdetti, sebbene concepiti per una cosa, nel loro effetto si risolvono in azioni personali (3). Sono nel gius romano dettati per le cose, non per le persone: ciò è vero. Se non che in ultimo risultato i romani interdetti non consentivano facoltà all' attore d' impetrare alcuna cosa come sua; ma sì bene che l' avversario restituisse, presentasse, soffrisse qualche cosa, domandata sotto la formula delle azioni personali. Dalla causa degl' interdetti si dice concedersi le azioni *in factum,* le quali consuonavano alle personali. Altri giureconsulti parteggiano per l' opinione che li annovera fra le azioni reali; altri per le miste. Anche gl' interdetti, che contengono causa di proprietà, hanno dessi questa causa ac-

(1) *Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur:* Inst. lib. IV, tit. 15.

(2) Vedasi la legge 2, § 3, lib. 43, tit. 1 del dig.

(3) *Interdicta enim omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt,* scriveva Ulpiano nella l. 1, § 3, lib. 43, tit. 1 del dig.

cessoria di proprietà, e principale quella di possesso. Dal che non si può inferire essere reali.

Malgrado l' anzidetto giova osservare, che alcuni sono diretti a perseguire le cose, p. e. l' interdetto sulle strade, argomento che rinchiude una causa di proprietà; e così gl' interdetti che contemplano i luoghi sacri.

Unde vi.

403 Due interdetti abbiamo relativi alla forza: l' uno della *forza* semplice, ordinaria, quotidiana, quando si viene discacciati senza armi *de possessione rei soli:* l'altro della *forza armata,* quando la cosa del suolo è occupata colle armi.

Cotali interdetti, denominati *Unde vi,* si prestano a soccorrere, non già chicchessia stato violentato, ma bensì gli scacciati dal possesso; *qui de possessione dejiciuntur.* Cotesti interdetti si offrono al soccorso di coloro che vengono espulsi dal suolo, *qui de solo dejiciuntur,* vale a dire dal fondo o dall' edificio, o dall' area anche soltanto (1).

Insegnerebbe Pomponio, secondo rapporta Ulpiano, non aver luogo l' interdetto *unde vi,* se il timore indusse a fare la tradizione del possesso: *non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere* (2): nè chi per semplice paura (*a*) fu impedito ad entrare e cominciare a possedere, nè chi ebbe mai posseduto, sia col corpo, sia coll' animo (3).

404 Sul tema dell' essere rimosso dallo spavento o dal timore,

(1) L. 1, § 3 lib. 43 tit. 16, dig.

(2) L. 5 dig. lib. 43 tit. 16.

(*a*) Paura è effetto d' alterazione d' animo, dal latino *pavor,* e questo *pavor* viene dal verbo *pavio,* battere, quasi che la paura ti dia una stretta al cuore = Timore, procede da ragionamento, e quando il ragionamento è falso si dice *timor vano, panico:* il timore è un errore di calcolo e viene da eccesso di prudenza. *Saggio intorno ai sinonimi del Grassi.*

(3) L. 1, § 26 loco citato.

Pomponio professava; *vim sine corporali vi locum non habere.* E Labeone all' opposto pensava: *eum qui metu turbae perterritus fuerit, videri dejectum:* così nella legge I, § 29 del digesto al libro 43, titolo 16.

405 L' applicazione dell' interdetto *unde vi* tornava di necessità all' usufruttuario, cui venisse fatto intoppo di usare e fruire del fondo, dal quale uscì a proprio talento ed agio, non già per abbandonare l' usufrutto; ovvero che ne fosse stato spinto fuori con violenza. Non sarà applicabile *si quis ab initio volentem incipere* uti—frui, *prohibuit* (1). In quest' ultimo caso, dice Ulpiano, *debet fructuarius usufructum vindicare.* L' azione da esercitarsi è d' indole diversa dall' interdetto. Da tutto ciò conclude Ulpiano, non competere questo interdetto, che al possessore stato espulso: e non si reputa espulso se non quello che possiede (2).

Intendesi poi discacciato il proprietario dal possesso, allorchè lo furono quelli, che ritenevano il fondo per lui, ovvero che obbediscano eglino ai comandi dell' invasore; e sono il servo, il procuratore, il colono: ed ancorchè esso proprietario ignori il loro discacciamento (3). Il che non si reputerà avvenuto, ove alcuni miei famigliari siano rimasti alla custodia del mio (4).

406 Procede innanzi lo stesso Ulpiano a manifestare, che, discacciandosi chi possiede o col corpo o coll' animo, si considera ciò operato per violenza, quando che ito esso possessore fuori del campo e della casa col corpo, non coll' animo, restituendovisi, gli sia contrastato l' ingresso (5). Da siffatti disponimenti del diritto romano se ne cava l' ammaestramento, *nos possessiones animo retinere.*

È facile dalle cose predette l' arguire, che per attuarsi l' interdetto, di che ragioniamo, nulla rilevava l' investigare con quale

(1) L. 3, § 13 e 14 dig. lib. 43 tit. 16.

(2) L. 1, § 23 dig. lib. 43, tit. 16.

(3) L. 1 parag. 22, 46, 47 = e la legge 20 dello stesso digesto lib. 43 tit. 16.

(4) L. 1, § 46, 47 dig. ivi.

(5) L. 1, § 24, 25, 26 digesto lib. 43, tit. 16.

diritto il discacciato si trovasse possedere, *sive civiliter, sive naturaliter possideat* (1). Questo interdetto poi compete agli eredi e successori (2).

407 Poniamo mente ad un principio legale, suscettivo forse di disputazione, che leggesi nella legge cinquantesima terza del digesto, libro quarantuno, titolo secondo = *Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet:* così il giureconsulto romano Venulejo. Sulla base del quale principio venne per la ragione dei contrarj stanziato, che quegli, che possedeva da me con violenza, può a suo pro giovarsi dell' interdetto, laddove venga scacciato da un altro (3).

Tutte queste teorie non assisterebbero il coltivatore del fondo, che si mandasse via fuori di tempo; poichè il colono è bensì nella possessione, ma non possede (4).

408 E qui presenta il romano diritto sottili ed interessanti decisioni intorno alla espulsione dei coloni.

Marcello fa il seguente caso. Un colono non ammise al pos-

(1) Ulpiano l. 1, § 19 = Paolo l. 8, digesto lib. 43, tit. 16.

(2) L. 3, § 17 e 18, lib. 43, tit. 16 dig.

(3) L. 1, § 30 dig. lib. 43, tit. 16: *Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum.*

(4) Vedi la legge 1 § 10 de *vi* et *vi armata* scritta da Ulpiano, nel dig. lib. 43 tit. 16; non che la nota di Pothier nelle sue pandette in questo luogo n. VI.

Il Pothier (Pand. lib. 43, tit. 16 n. VII) alla decisione di Ulpiano, allegata alla precedente mia citazione n. (3) annota, onde conciliare la contraddizione che potesse riscontrarsi tra la riferita opinione di Ulpiano, e la susseguente di Marcello: *Non osta ciò che abbiamo testè detto che al colono non compete* (l' interdetto); *perocchè nel caso presente il colono è realmente diventato possessore coll' impedire che il proprietario o il compratore entri nel possesso. È possessore violento, ma possessore.* = Il testo di Pothier in latino dice: « Etenim in » praesenti specie colonus revera possessor factus est, prohibendo do- » minum aut emptorem ingredi. Violentus quidem est possessor, sed » tamen possessor. »

Io aggiungerei che l' interino suo possesso di colono legittima la sua resistenza.

sesso quello a cui il proprietario locatore aveva venduto il fondo, e consentito al compratore il possesso medesimo. Indi il colono venne esso pure sbandito. A chi compete l'assistenza dell'interdetto *unde vi?* Rispose Marcello, essere uguale la resistenza del colono interposta contro il possesso voluto del padrone per sè, o contro il possesso da questi accordato al compratore. L'interdetto si conviene al colono. Così pure al proprietario locatore, il quale si duole d'essere stato respinto dall'ambito possesso, allorchè fu contrastato al compratore che lo rappresentava. Marcello, nel fare quest'ultima decisione contro il colono, aggiunge un caso eccettuativo: *nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset;* p. e. se avesse ignorata la compera, o per patto o per consuetudine dovesse continuare l'azienda rurale.

Papiniano nella legge diciottesima dello stesso libro e titolo si conforma alle esposte teoriche, e fa il quesito, se si dovesse, o no, soccorrere il compratore, ove per volontà del proprietario venditore avesse cacciato via con violenza il colono. Risponde lo stesso Papiniano negativamente per aver seguito un illecito mandato: *non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.*

409 Si osservi non intervenire violenza in discacciando nel momento stesso colui che viene in pari guisa a discacciarti. Lo insegna Giuliano nella legge diciassettesima precedente a quella testè allegata. *Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu recuperat; in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est: ideoque si te vi dejecero, illico tu me, deinde ego te: UNDE VI interdictum tibi utile erit.* E in vero nel seguito azzuffamento avemmo eguale diritto entrambi. Tu non mi apporrai di possedere con violenza, tu che primo adoperasti la forza per espellermi. Lo conferma Ulpiano con quella sentenza nella legge prima, parag. 28, libro 43, titolo 16 del digesto = *Deve diffinirsi che possiede con violenza colui, che, espulso il primitivo possessore, ottiene la possessione violentemente acquisita; o colui che viene munito ed apparecchiato in guisa, che, contro i buoni costumi, fa che l'altro non possa fargli impedimento di entrare nel possesso.*

Ma Labeone dice, *che quegli il quale avesse con violenza tenuto fermo il proprio possesso, non possiede con violenza.* Al quale dettato ultimo va consentanea la regola di diritto 155 del digesto, libro 50, titolo 17: *Non videtur vim facere, qui jure suo utitur et ordinaria actione experitur.*

410 Passando a toccare dell' interdetto *de vi armata,* cioè dell' uso dell' armi, non si dimentichi che fra le armi si annoverano eziandio i bastoni ed i sassi (1). E basta che un solo degli assalitori fosse munito di armi, ovvero che, presentatisi inermi, dessero di piglio, avanzandosi, ad armi; ovvero, che, se nessuno ne usò, abbiano non ostante prodotto terrore. Tuttavia non basta che si abbia anche incusso terrore, quando non sia stata consumata l'invasione; ovvero che gli armati, diretti ad altra impresa, non avessero in animo di offender te; ovvero che non avessero realmente occupata la possessione (2). Avvi eziandio abuso di armi, se coloro che, provveduti di esse, invasero il podere, ed incontratone il padrone, lo abbiano frastornato nel suo cammino per colà (3).

411 Nell' interdetto *de vi armata* non era di necessità, per invocarne la protezione, di avere cominciato a possedere: differente in questo dall' altro interdetto *de vi quotidiana,* cioè senz' uso di armi.

412 Se fosti scacciato colla forza armata, siccome riprendi lo stesso fondo, benchè lo avessi tu posseduto con violenza o clandestinamente, lo riprenderai assolutamente (4).

413 Si può bene agire per causa di furto *ad exibendum,* non mai coll' interdetto di che trattiamo. Esso è unicamente operativo per le cose mobili annesse al fondo; *si rei soli accedebant res mobiles;* l. 3, § 15, ff. lib. 43, tit. 16: e la legge prima precedente nei paragrafi 6 e 8.

(1) L. 41 dig. de verb. sign. lib. 50, tit. 16: *Armarum appellatio non utique scuta et gladios et galeas significat: sed et fustes et lapides.*

(2) L. 3, § 3, 4, 5, 6, 7 del dig. lib. 43, tit. 16.

(3) L. 1. § 8 dig. lib. 43, tit. 16.

(4) L. 14 di Pomponio lib. 43, tit. 16 dig.

414 Similmente scriveva Cassio: *vim vi repellere licere;* diritto che abbiamo dalla natura. Da ciò, ei dice, si vede essere lecito il respingere le armi colle armi (1). Ma ciò dee effettuarsi subito, non appresso un intervallo; posciachè non ignorasi essere permesso far testa contro chi mira a metterci in fuga; ma di più lo scacciato può combattere colui che il discacciò, non però *ex intervallo, sed ex continenti* (2).

Gl' imperatori Diocleziano e Massimiano avrebbero a tale massima apportata una restrizione nella legge prima, codice, *unde vi,* libro VIII, titolo IV = *ad defendendam possessionem quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione, illatam vim propulsare licet.*

415 Si concedevano tali interdetti *de vi* tanto quotidiana, quanto armata, a coloro che erano disturbati nel godimento di una cosa attaccata al suolo, o di una fabbrica anche sul suolo altrui, o da case di legno inerenti al suolo: ovvero anche sole parti di un luogo: *locus est, non fundus; sed portio aliqua fundi* (3). Ma tale interdetto non si può indirizzare sopra le cose mobili: laonde se taluno viene discacciato con violenza da una nave, non si applica l' interdetto che abbiamo per le mani: l. 1, § 6 dig., libro 43, titolo 16.

416 Oltre al discacciato, competeva cotale azione agli eredi e successori, a nome del defunto, onde armonizzare questa disposizione con quella della legge surriferita, prima, § 23, digesto, libro 43, titolo 16, la quale attribuiva cotesta azione alla persona dell' attuale possessore: *nisi ei, qui tunc, cum dejiceretur, possidebat, nec alius dejici visus est, quam qui possidet* (4).

Dirigevasi poi contro l' autore della violenza, ancorchè l' avesse praticata per l' altrui mezzo: *dejicit et qui mandat;* legge

(1) L. 1, § 27 dig. lib. 43, tit. 16.

(2) L. 3, § 9 dig. lib. 43, tit. 16.

(3) L. 60 ff. de verb. sign. *Loci appellationem non solum ad rustica, verum ad urbana quoque praedia pertinere, Labeo scribit;* l. 60, § 1 ivi.

(4) L. 1, § 44 dig. lib. 48, tit. 16 e la stessa l. 1, § 23.

152 de reg. jur.; ovvero chi ratificò l' opera, mercecchè *in maleficio ratihabitionem mandato comparari* (1).

Che se il vero procuratore o commissionario abbia di sua mano consumata l' angheria, si può muovere querela tanto contro di lui, quanto contro il principale, ed a nome dell'uno viene esentato l' altro: *et alterius nomine alteri eximi*, purchè da uno di essi sia stato *prestato il valore della lite;* « sic tamen, si ab altero » eorum litis aestimatio fuerit praestita. » E per verità non è scusato chi condusse a termine il sopruso per comando d'altri, come nol sarebbe chi avesse ucciso per commissione (2).

Il padrone che non ordinò ai servi l'avvenuta angaria, non è tenuto a nulla, fuori che a restituire quel vantaggio qualunque che ne avesse ritratto. *Nec gravari debet dominus qui non jussit... cum aut pervenit ad eum aliquid, et restituat* (3).

Niuno poi è sottoposto a risarcimenti per avere posseduto la cosa, che fu da un altro portata via violentemente (4).

417 Secondo il jus romano cotale interdetto non si esperimentava contro l' erede: ma e contro questo ed il possessore dei beni e gli altri successori universali competeva l' azione *pel fatto; debebit* in factum *actionem suscipere, id in quod ad se pervenit;* l. 3, § 18 dig., lib. 43, tit. 16. E se erano più eredi, ciascuno era tenuto per ciò che gli pervenne: onde qualche volta sarà tenuto per l'intero colui, al quale pervenne il tutto, sebbene sia erede in parte. Così dichiarò Paolo nella legge nona del libro e titolo poc' anzi allegato.

(1) Ulpiano nella più volte addotta l. 1 § 14 dig. lib. 43, tit. 16; il che consuona colla l. 152, § 2 de reg. jur.

(2) L. 1, § 13 dig. lib. 43 tit. 16.

(3) Legge sopra menzionata ai parag. 11, 15, 16, 17, 19, 20 = più le susseguenti leggi 4 e 16 di Ulpiano dig. lib. 43, tit. 16.

(4) Dice Paolo nella legge settima del ricordato luogo del dig.: *Qualora io venga da te scacciato colla forza, se Tizio cominciò a possedere la cosa stessa da cui io fui discacciato, io non posso esercitare l' azione dell' interdetto contro altri, che contro te.* Vedi inoltre l' altra l. 10 di Cajo in detto lib. 43 tit. 16 del digesto.

L' interdetto *de vi armata* si apparteneva a quello che fu spossessato colla forza armata; non meno si adoperava in confronto di quello, il quale con dolo malo fece sì, che alcuno venisse scacciato coll' aiuto dell' armi. E rispetto all' erede si esercita l' azione *pel fatto*, per quanto fosse allo stesso pervenuto dalla eredità: *Haec actio quae adversus heredem caeterosque successores pertinet, perpetuo competit; quia in ea rei persecutio continetur:* Ulpiano l. 3, § 1; e, pei punti precedenti, i par. 10, 11, 12 ed il principio del libro 43, titolo 16 del digesto.

418 Riguardo alle persone, alle quali e contro le quali è conceduto questo interdetto *de vi armata*, lo è pure l' altro *de vi*, che dicesi di forza semplice, quotidiana, inerme.

419 La sostanza e lo scopo dell' interdetto *unde vi*, che versi sulla forza quotidiana, o sull' armata, si è la restituzione del fondo, dal quale venne taluno a forza spiccato, e spossessato; ovvero venga impedito di far violenza a chi, discacciato, deve rientrarvi.

E fra tali cose mobili contenute nel terreno od in edificio, le quali vanno restituite o protette da chi vuole ricuperarle, vi si comprendono quelle cose che eranvi, vale a dire tutte: *quaeque habuit, sic accipimus ut omnes res contineantur; non solum quae propriae ipsius fuerunt; verum etiam si quae apud eum depositae, vel ei commodatae, vel pignoratae, quarumque usum, vel usufructum, vel custodiam habuit, vel si quae ei collocatae sunt:* poichè il pretore dicendo *habuit* (aveva), nel verbo *avere* si comprendono tutte le cose che teneva allorchè fu scacciato (1).

Soggiunge però Ulpiano alla sovraccitata legge prima, § 32 = *Certamente se alcun volesse, riguardo al possesso delle cose del suolo, servirsi di questo interdetto, e riguardo alle cose mobili sperimentare l' azione di esibizione, può farlo a suo arbitrio.* E così dichiara inoltre al successivo § 40, *ex die quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur:* quantunque negli altri interdetti i frutti si computino dal dì nel quale gl' interdetti furono emanati,

(1) L. 1 dig. lib. 43, tit. 16 ai parag. 37, 38, 34, 33; non che la legge successiva di Trifonino.

non retroattivamente. E, oltre i frutti, si restituiscono e difendono le altre utilità : *verum caeterarum etiam utilitatum habenda est;* ivi, § 41. Si aggiunge pure: *in questo interdetto tutte le cose di qualunque specie, che avrebbe conseguito quello che fu espulso con violenza se stato non fosse spinto fuori, debbono essere rendute; o deve il giudice stimare il valore in lite delle medesime; e lo scacciato dee tanto conseguire, quanto importerebbe a lui di non essere stato discacciato con violenza.* « Qui vi dejectus est, quidquid » damni senserit ob hoc quod dejectus est, recuperare debet; » l. 1, ivi, § 31.

Le quali teorie degl' imperatori Diocleziano e Massimiano si estesero a volere, che il reo di violenza privata fosse tenuto a prestare ogni causa: *reum causam omnem praestare oportet,* insino quei frutti eziandio, che l'antico possessore poteva percepire, non solo i percetti dall'usupatore. (1)

420 L' interdetto *de vi cottidiana* si concedeva entro un anno, ed era anno utile. *Et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit* (2). Ma per una costituzione di Costantino, a coloro i quali furono cacciati mentre erano assenti, l'anno non decorrea durante l' assenza (3).

L' interdetto poi *de vi armata* era perpetuo ai tempi di Cicerone (epist. 15 ad Cassium). Gl' imperatori assoggettarono a pene i violenti possessori.

L' interdetto del momentaneo possesso, dettato dagl' imperatori Arcadio ed Onorio nel codice romano al libro ottavo, titolo quarto, legge ottava, dice che *il momentaneo possesso non sempre appartiene alla forza pubblica o privata, e merita talvolta di essere eseguito anche senza accusa criminale.*

(1) L. 4 C. *Unde vi,* libro VIII tit. IV.

(2) L. 1, § 31 dig. lib. 43, tit, 16 e la l. 2 C. *Unde vi,* lib. VIII, titolo IV.

(3) L. 1 C. libro VIII tit. V.

Uti possidetis.

421 È questo un interdetto, il cui divisamento era di conservare il possesso nello stato in cui trovavasi, *retinendae possessionis*, insino a che siasi portata la cognizione del giudice sulla proprietà (1).

Questo interdetto era proibitorio diretto a conservare il possesso (2).

422 Scrivevasi in una erudita e nitida memoria (*a*) che *coll' interdetto* UTI POSSIDETIS *il turbato chiedeva al giudice che lo difendesse sul suo possesso, proibisse al reo di turbarlo più oltre, e condannasse questi a rimettere le cose nello stato anteriore ed a prestargli un congruo risarcimento del danno.*

(1) Gl' imperatori Diocleziano e Massimiano nella legge unica del codice romano al libro ottavo, titolo sesto, scrissero: *Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero, nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provincae vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscat.*

(2) Ulpiano l. 1, § 1 dig. libro 43 titolo 17.

(*a*) È questa una memoria del dottore in legge *Filippo Ciriani* di Venezia, inserita a pag. 214 anno 1854 del *Giornale* veneto *di giurisprudenza pratica:* lo stesso *Ciriani* è autore di altri lavori purgati e dotti, dove si manifesta lo studioso dei progressi della giurisprudenza.

Cade qui in taglio un cenno sul *Giornale* predetto a palesamento ingenuo del vero. Il suo direttore *Luciano Beretta* nella compilatura di quello (e compiesi già una serie settennale) dispiegò una sagace tattica legale, giovando, colle opportune rubriche delle decisioni, l' istruzione pratica, ed arricchendone il patrimonio coll' addurre i risultati di simili lucubrazioni. Al che il dottor *Beretta* seppe frammettere dissertazioni legali di varia mano appropriate alla giurisprudeaza patria ed universale: e tutto ciò con una diligente perseveranza inconsueta in cotali manifatture periodiche, e con un discernimento di coltura filosofico-letteraria, di cui il *Beretta* diede un saggio nell' apprezzabile discorso accademico: *Del patronato pei carcerati e pei dimessi dal carcere,* stampato nel *Giornale* anzidetto 1852 a pag. 171.

123 Giustiniano nelle sue instituz. (lib. 4, tit. 15, n. 4) ne erudisce, che l' interdetto *uti possidetis* aveva per intento di mantenere la possessione d' una cosa immobile: l'interdetto *utrubi* delle cose mobili. L' *uti possidetis* si accomodava al caso, in cui vi fosse tra due parti contestazione sulla proprietà: e da qui sorgeva la necessità dell' investigazione preliminare della discoperta del possessore, onde fissare chi dovesse prodursi quale attore; essendo consentaneo alla ragione naturale e civile, per la regolarità dell'istanza nel merito della proprietà, che venga distinta la persona di chi possiede da quella, che pretende dimostrare contro di lei di averne, della cosa corporale od incorporale, la proprietà: *ut alius possideat et alius a possidente petat.*

Il fatto della possessione adunque era l' argomento di quest' azione, o voglia dirsi interdetto. Giudizio rilevante, se si consideri tornare più vantaggioso il possesso, che la balìa di mettere in piena luce la proprietà, in quanto che la cosa in contesa rimane al possessore sino a che il petente non mostri esser propria. Nel giudizio, di che parliamo, il pretore dell'antica Roma pronunciava a favore di colui, nel quale stava la possessione, purchè non la tenesse immediatamente dal suo avversario violentemente, clandestinamente o precariamente: ma l'avesse ricevuta da persona diversa del suo avversario. In questo secondo caso non si esaminava più il modo con cui si fosse conseguito il questionato possesso, cioè se v' intervenissero i vizi summentovati. *Hodie tamen aliter observatur*, affermano le istituzioni giustinianee predette. Bastò vale a dire in seguito per vincere in possessorio, che all'atto di tale controversia si tenesse da qualsiasi provenienza il reale possesso disputato; e si ebbe per indifferente, che il possesso provenisse dalla parte litigante contraria, o da altri (1).

(1) *Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exaequata est: uti ille vincat et in re soli, et in re mobili, qui possessionem, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet.* Instit. lib. 4, tit. 15 n. 4 in fine. = Cotesti due interdetti (dice il testo) in quanto concerne il possesso, si as-

Dalle cose preaccennate si dee fare argomento, che l' azione romana *uti possidetis* si promoveva per rimovere i costringimenti turbativi del possesso, come l' *unde vi* per ricuperare il perduto possedimento. Col primo interdetto si tutela il possesso turbato: col secondo si ricupera il perduto. *Retinendae itaque possessionis*, conclude Ulpiano, *duplex via est, aut exceptio, aut interdictum. Exceptio datur ex multis causis ei qui possidet* (1). Al possedi-tore è bastante il possedere; non abbisogna di azione, bensì di eccezione (2). L' indole di questo interdetto è da avvertirsi riuscire duplice: onde coloro, cui si aspetta, sono attori e rei (3).

424. Ha luogo tra due contendenti sul punto chi di loro possegga. Ognivolta che siavi controversia di proprietà, se le parti non convengono chi sia il possessore, e chi abbia a prodursi quale petitore, il giudice decide, seguendo le regole dell' interdetto *uti possidetis*.

Chi mi toglie di servirmi della mia possessione, è riputato fare contrasto al mio possesso (4). Similmente è un togliere la possessione impedire di edificare, di seminare, di fare piantagioni: e per ciò fu deciso, che, quando l' inquilino fa contrasto al proprietario di ristaurare le case, sorge puntuale l' interdetto *uti possidetis*, perciocchè l' inquilino si presume occupare il possesso del proprietario, allorchè pone ostacolo a siffatta ristaurazione. Pothier, pandette libro 43, titolo 17, n. V.

soggettarono a uguali regole: e nelle cose immobili, come nelle mobili, per vincere in possessorio, è duopo trovarsi in quel momento al possesso, ancorchè questo ci derivi dall' avversario, purchè non sia nè violento, nè clandestino, nè precario.

(1) Ulpiano l. 1, § 4 dig. lib. 43, tit. 17.

(2) Lo stesso Ulpiano ivi, legge 1, § 6, che suona come segue: L' *interdetto* uti possidetis *protegge il possesso del podere, che è appunto* conservate *quanto possedete; perocchè non si concede spontaneamente* (ultro) *l' azione al possessore, a lui bastando il possedere:* quippe sufficit ei quod possideat.

(3) L. 3, § 1 dig. lib. 43, tit. 17.

(4) *Etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui* PROHIBES ME UTI MEA POSSESSIONE: l. 3, § 2 dig. libro 43, tit. 17.

In questa parte della romana legislazione leggiamo un disponimento, che richiama l' attenzione degli studiosi delle leggi = *Se l' agente del tuo vicino dal fondo tuo tirò le viti sopra i suoi alberi, cosa sarà in diritto? E Pomponio risponde, chè tu puoi di ciò avvisarnelo, e recidere le viti. Lo stesso scrive anche Labeone; o potrai giovarti contro del vicino dell' interdetto* UTI POSSIDETIS *per quel luogo da dove parte il disordine delle mal piegate radici* (de eo loco quo radices continentur vitium). *Perocchè se ti farà violenza che ti trattenga dal tagliarle, o trasportarle, si estima sforzarti a non possedere. E in vero, dice Pomponio, chi viene contrariato nella coltivazione del terreno, è offeso da impaccio nel possedere* (1).

Generalmente fa violenza colui che contende al possessore di servirsi a suo arbitrio di ciò che possedette, piantando, scavando, arando, ergendo fabbriche, e facendo qualunque altra operazione ostante al libero possesso (2).

Questo interdetto si accordava per favorire il possessore del suolo, al quale assentiva il pretore la prevalenza nel possesso del suolo medesimo; fosse tale possesso esteso a tutto il fondo od a parte di esso, ovvero fosse indiviso (3).

Questo stesso interdetto *uti possidetis* concedevasi poi a chi realmente possedesse: siccome si disse superiormente avvenire dell' interdetto *unde vi:* e non solo a chi possedesse civilmente, ma eziandio naturalmente soltanto.

Cotale interdetto si applicava fra usufruttuari, e quindi mentre l' uno pretende l' usufrutto, l'altro il possesso. Lo stesso dicasi quando alcuno pretenda di avere il possesso dell'usufrutto. Per lo

(1) *Nam si tibi vim fecerit, quominus eas vites vel praecidas vel transducas: vim tibi facere videtur, quominus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius:* l. 3, § 4 dig. lib. 43, tit. 17.

(2) *Sive quid omnino facendo per quod liberam possessionem adversarii non relinquit:* l. 11 dig. *de vi* et *vi arm.* lib, 43, tit. 16: così Pomponio.

(3) L. 1, § 7 e 8 dig. lib. 43, tit. 17.

che si applicherà tale interdetto, se l' uno difende l' uso, l' altro l' usufrutto: *si alter usum, alter fructum sibi tueatur;* così Ulpiano alla legge quarta del digesto, libro quarantatrè, titolo diciassettesimo.

425 A cotesto interdetto è poi perpetuamente annessa la condizione, che tu non posseda, *nè con violenza, nè clandestinamente, nè precariamente:* l. 1, § 5 ff. lib. 43, tit. 17. « Perpetuo autem » hoc interdicto insunt haec, *quod nec vi, nec clam, nec precario,* » *ab illo possides* » = *nam,* aggiunge Gotofredo, *si aliquo ex his modis a me possides, vinci debebis.*

Il possesso con questi vizii non può aversi per tale: *non videtur possessionem adeptus, is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit;* l. 22 ff. libro 41, titolo 2. E chi fu discacciato con violenza dalla possessione considerar devesi come se tuttora possedesse (1). Questo principio consuona con quella massima di equità vietante di trarre profitto da un' azione riprovevole.

Presenterebbe forse soggetto di disputabilità quest' altro principio del medesimo Ulpiano, che leggiamo altrove (2): *non reputo di possedere con violenza, se ricevo un fondo da quello che mi è noto possedere con violenza.* Potrebbe per avventura notarsi affetta di mala fede una coscienza che ti accusa di una certa quale partecipazione in divenire proprietario di una possidenza viziosa.

Ulpiano alla legge prima, paragrafo nono, del digesto libro quarantatrè, titolo diciassettesimo, torna alla distinzione del possesso ricevuto dalla parte avversaria, ovvero da altri: di che si ragionò superiormente. Noi rimandiamo il lettore al luogo testè succennato, ripetendo in pari tempo la sentenza che ci diede Venulejo nella legge 53 del digesto al libro quarantuno, titolo secondo = *in confronto degli estranei suole giovare il possesso vi-*

(1) L. 17 di Ulpiano, digesto, libro 41, tit. 2. *Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.*

(2) L. 3, § 10 ff. lib. 43, tit. 17: *Non videor vi possidere, qui* (ovvero *si*) *ab eo, quem scirem vi in possessione esse, fundum accipiam.*

zioso. *Laonde quegli che possiede il fondo precariamente può servirsi dell' interdetto,* UTI POSSIDETIS, *contro tutti, fuori che contro quello che pregò* (1).

Qui cade in acconcio l'osservare, che ne sembra più conforme a ragione, anzichè il succitato n. 4, titolo 15, libro quarto delle instituz. giustinianee, il parere di Ulpiano in principio della legge terza del digesto al libro 43, titolo 17, asserente, che se io possedo per una causa giusta, e tu per violenza o clandestinamente, possedendo tu da me, io debbo essere mantenuto nel possesso, non tu che me lo usurpasti. Che se tu tieni il possesso da altri, niuno di noi vincerà, poichè e tu possiedi ed io posseggo: *neuter nostrum vincetur; nam et tu possides et ego.*

Così pure lo stesso Ulpiano alla surriferita legge, § 5, aggiunge, facendo il caso che tengasi il diritto ad uno sporto in fuori *(projectio supra vicini solum)* sopra il suolo del vicino, aggiunge, dico; che l' interdetto *uti possidetis* è utile ad entrambi, perchè l' uno possede il suolo, l' altro insieme colla casa possiede la superficie, cioè lo sporto fuori, perpendicolare al suolo, coprente il suolo sottoposto.

Colui, che tiene la muraglia o il tetto sporgente in fuori, possiede cosa superficiale, e può sempre tentare giovarsi dell' interdetto *uti possidetis*, combinato coll' interdetto *de superficiebus*, al titolo 18, libro 43 del digesto.

La sopra citata legge terza di Ulpiano al paragrafo ottavo (lib. 43, tit. 17 dig.) avvisa, non competere l'interdetto *uti possidetis* ai creditori posti in possesso allo scopo di conservare la cosa del debitore; perocchè eglino non possedono, come non possedono tutti i custodi delle cose.

Bensì per applicare l' interdetto *uti possidetis* può reputarsi tenere il possesso d' una cosa chi diede opera a rivendicarla. Chi rivendica non rinunciò. V' ha una certa comunione tra il possesso

(1) Legge 17 dig. lib. 43, tit. 26: *Qui precario fundum possidet, ex interdicto* uti possidetis *adversus omnes, praeter eum, quem rogavit, uti potest.* — Pothier, pand. lib. 43, tit. 17 n. IX.

ed il gius di proprietà: e l'esercizio dell'azione vendicatoria la suppone. Il dominio si comincia dalla possessione. Così va intesa la sentenza di Ulpiano nella legge 12 del digesto al titolo secondo del libro quarantuno, non abbastanza sviluppata, nè precisa.

426 L'effetto e compimento dell'interdetto *uti possidetis* si è la decisione di quale dei due possegga = *Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronunciet judex uter possideat.* La conseguenza ultima sarà quindi, che il soccombente assumerà l'ufficio di petitore, *et tunc de dominio quaeratur;* l. 35 digesto lib. 41, titolo 2.

Colui poi che conturbò indebitamente l'altrui possesso, soggiacerà al pagamento di ciò che vale la cosa stessa in questione, o meglio quanto si è l'interesse nostro di conservare quel possesso: *condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. Quanti res est sic accipimus, quanti uniuscujusque interest possessionem retinere.* Così Ulpiano nella legge 3, § 11 ff. lib. 43, tit. 17, coerentemente a quanto disse Paolo nella l. 6 del precedente tit. 16 che rapportiamo nella sua integrità per essere assai bene snocciolato il pensiero. *In interdicto* UNDE VI *tanti condemnatio facenda est, quanti intersit possidere, et hoc jure nos uti, Pomponius scribit, id est, tanti rem videri, quanti actoris intersit:* (cioè, scrive Gotofredo, *tanti res aestimatur, quanti actoris interest) quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quantis is est* (cioè quanto più valga la cosa).

A comodità degli studiosi rimembriamo loro, che il Romagnosi al § 46, parte I, libro III, capo I, sezione V, volume quinto dell'opera = *Condotta delle acque,* riporta il *Testo di Cajo e rispettivo confronto col titolo de Interdictis delle istituzioni di Giustiniano.*

ARTICOLO XXXIII.

Prescrizione. — Usucapione.

427 È di tale momento e frequenza l'uso della prescrizione ed usucapione, ch'io m'induco a credere non opera infruttuosa il consecrare in poche linee i ricordi più importanti di tale materia.

Noi, che avemmo più legislazioni, non dobbiamo dimenticare i precipui canoni di quelle, da aggiungersi alle massime di giurisprudenza universale; dacchè la prescrizione si compie colle leggi sotto cui cominciò.

Notissima è la definizione che dell'usucapione ci porge Modestino, *essere l'unione del dominio mediante il possesso continuato per uno spazio di tempo determinato dalla legge* (1). L'*adjectio dominii* vuol significare, che l'usucapione accoppia eziandio il dominio ai diritti possessorj; vale a dire l'usucapione attribuisce la proprietà piena.

Salutare è lo scopo di questo giuridico ordinamento, inteso ad assicurare le proprietà de' cittadini, senza del quale, nel possibile smarrimento de' titoli scritti, ciascheduno dovrebbe vivere nell'incertezza dei propri possedimenti e per sè e pei successori.

Presso i romani l'usucapione era un modo di acquistare col mezzo della prescrizione. L'articolo 712 del codice napoleone adotta lo stesso principio: ed il successivo articolo 2219 vi fa un'aggiunta: *la prescrizione è un mezzo per acquistare un diritto o per essere liberato d'una obbligazione, mediante il decorso di un determinato tempo e sotto le condizioni stabilite dalla legge.* Il codice austriaco accettò questa duplice idea, ed in foggia dottrinale la espose nei seguenti due paragrafi = *La prescrizione è la perdita di un diritto non esercitato entro un certo tempo stabilito dalla legge:* § 1451. = *Allorchè il diritto prescritto in for-*

(1) L. 3 dig. lib. 41, tit. 3. *Usucapio autem est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.*

za di possesso legale si trasferisce nello stesso tempo in altri, dicesi il diritto acquisito per usucapione, ed il modo di acquistare chiamasi usucapione; § 1452. La prima col giurista consiglier Zeiller potrebbe appellarsi prescrizione estintiva; la seconda di acquisizione, *acquisitiva.* Ma può avvenire che il diritto, dileguatosi in virtù della prescrizione estintiva, non trapassi in nessun altro.

428 Contro qualunque siasi individuo o corpo morale, il jus comune antico e recente dà luogo alla prescrizione ed all' usucapione, purchè siano debitamente rappresentati e capaci di acquistare (1).

429 Sono imprescrittibili le cose che non sono in commercio. Tale disposizione del cod. nap. all' art. 2226 fu accolta e dispiegata al § 1455 del codice austriaco, dicendo = *È soggetto di usucapione tutto ciò che si può acquistare. Ma le cose che per la qualità essenziale di esse, o per disposizione di legge non possono essere possedute, come pure le cose e i diritti che assolutamente non possono essere alienati, non sono oggetto di usucapione.*

Per il susseguente § 1456 dello stesso codice austriaco sono imprescrittibili i diritti che appartengono al *Sommo Imperante in questa sua qualità, come sono il diritto di stabilire dazii, di coniar monete, d' imporre tributi, e gli altri di Maestà* (regalie): *nè possono prescriversi gli obblighi relativi a questi diritti.*

Non essere prescrittivi tali diritti viene confermato da tre antecedenti paragrafi: il § 20 che assoggetta al giudizio dei tribunali gli affari che si aspettano al sommo imperante, come di lui

(1) Scrive Paolo nella l. 4, § 1 dig. lib. 41 tit. 3. — *Può acquistare per usucapione il padre di famiglia. Il figlio di famiglia e massimamente il milite acquista per usucapione ciò che fece proprio nella milizia.* = E lo stesso Paolo, ivi al § 2: *Il pupillo, se cominciò a possedere con autorizzazione del tutore, acquista per usucapione:* od anche senza l' autorizzazione, quand'abbia l'animo di possedere, cioè se sia uscito dall' infanzia; — ed al § 3: *il furioso acquista per usucapione ciò che cominciò a possedere prima che fosse caduto in furore,* e purchè posseda per una causa abile ad usucapire. Cod. franc. art. 2227, 2251, 2252, 2278, 2255 = cod. civ. aust. § 1454, 1494.

proprietà privata; il § 290 che tiene in vigore le regole del codice civile rispetto gli amministratori dei beni dello stato e delle comunità; il § 289 in ispecie, antecedente, del seguente tenore = *Anche il patrimonio che il sovrano non possiede come supremo capo dello stato, si considera come bene privato.*

Il codice francese sottrae dalla prescrizione i soli beni inalienabili: art. 2226. Ma all'epoca della promulgazione di quel codice l'assemblea costituente aveva in genere abolita la inalienabilità dei beni del dominio dello stato; e con ciò soggiacquero essi pure alla prescrizione.

430 L'avvocato *Basevi* nel suo commento al sopra rapportato § 1455 del codice austriaco, denoterebbe le cose sacre fuori di commercio all'appoggio di leggi romane. Oltre quelle da lui citate è puntuale l'altra di Cajo nel digesto al libro quarantuno, titolo terzo, la nona = *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis.* Qui viene opportuno uno schiarimento. In pratica si mercanteggiano gli arredi sacri, lo stesso ostensorio del Santissimo, prima d'essere consecrati, o dopo essere dissacrati: ed in quanto al materiale delle chiese, la lettera medesima del § 1454 del codice austriaco le enuncierebbe prescrittive, e quindi mercatabili.

431 Il quale codice austriaco, se inferiore al francese nella lodevole distribuzione degli argomenti del libro terzo, titolo venti sulla prescrizione, a mio avviso è in questa parte e in quella del possesso, più abbondante di dettati legali; v. g. nel capitolo della prescrizione ed usucapione sviluppa e specifica più ampiamente i
432 diritti non prescrittibili, come ai paragrafi 1458, 1459: dove nel primo, diconsi non suscettivi di usucapione i diritti di conjuge, di padre, di figlio ed altri diritti delle persone: nel secondo i diritti che ciascuno ha sui fatti e sulle cose proprie: e vi notifica chiaramente che *se alcuno proibisce ad un altro l'esercizio di questi diritti o ne lo impedisce, il possesso del diritto di proibire da parte di uno contro la libertà dell'altro, incomincia dal momento in cui l'altro si è acquietato alla proibizione o all'impedimento; ed in questo modo, se concorrono tutti gli altri requisiti, ha*

luogo la prescrizione, o l'usucapione; § 313, 351 del codice austriaco.

433 I quali due paragrafi ultimi collegati col § 1459, che li richiama, costituiscono un dettame di giurisprudenza rimarchevole del seguente tenore (1) = Usa di un diritto colui, che esige da altri una cosa per obbligo, e gli viene prestata: colui che impiega in vantaggio proprio la cosa d'un altro col consenso di lui: quegli che per divieto d'un terzo si astiene dal fare cosa, cui avrebbe diritto. Quest' ultimo sarebbe, parmi, il caso di colui, al quale il codice austriaco permette di erigere rasente la fabbrica del vicino una muraglia togliente aria e luce. Se chi innalzava il muro cessava dall' opera a motivo della ingiuntagli proibizione, si verifica il caso divisato dal § 313 sul finale. In forza del successivo § 351 cessa il possesso delle tre categorie di diritti enunciati al soprallegato § 313, quando bene il decorso dei trenta o quarant' anni, secondo il codice austriaco stesso, o dei trenta, secondo il francese, non abbia convertito il possesso in diritto usucatto. Col mero non-uso non si perde il possesso di un diritto, il quale conservasi colla sola intenzione, siccome più volte avvertimmo nel presente opuscolo. Tale massima leggesi nella fine del rimembrato § 351 e nel § 1459 del medesimo codice austriaco. Vedasi in questo trattato l' articolo XXVIII sul *Non-uso. Suoi effetti giuridici.*

434 Prosegue il codice austriaco (§ 1481) a dichiarare non prescrittive le *obbligazioni fondate nel diritto di famiglia, o generalmente nel diritto delle persone,* inerentemente al precedente § 1458.

435 Si osserva di passaggio, che, mentre il codice austriaco al § 1459 esprime la imprescrittibilità nei fatti e nelle cose proprie,

(1) Non intendo colle cose dette in questo luogo di dare taccia d'imperfezione al codice napoleone, i cui compilatori con proposito si astennero dall' introdurvi un sistema scientifico; onde vi esclusero pressochè interamente le dottrine, in particolare le spiegazioni ed i motivi della legge, attenendosi alle nude prescrizioni legislative. Vedi la pregevole opera pel dottore *Antonio Bauer* professore di diritto in Marburg: *Saggi caratteristici e critici del codice napoleone:* sez. I. § 3.

ed al successivo § 1481, nel ripetere la stessa regola, esemplifica il *diritto di dividere la cosa comune o di far determinare i confini*, non dovrebbe quest' ultima parte di legislativa ordinazione intendersi in guisa da spezzare le relazioni giuridiche compiute e sancite per effetto di lunga prescrizione.

436 La disposizione del susseguente § 1482 merita attenzione in quanto chiarisce non incorrersi (salva l' osservanza del § 351 antecedente) la perdita di un diritto qualsiasi per non averlo esercitato o su tutta l' estensione della cosa prescrittibile, o contro tutti i membri di una comunità, ma contro alcuni soltanto. Sono coteste dottrine tutte di ragione giuridica comune; come leggesi nella sentenza di Giovaleno nella legge quarta del digesto libro 41, titolo 4 del seguente tenore = *Emptor fundi partem ejus alienam esse non ignoraverat: responsum est, nihil eum ex eo fundo longa possessione capturum: quod ita verum esse existimo, si quae pars aliena esset in eo fundo, emptor ignoraverat. Quod si certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse, non dubito*, § 1. *Item juris est, si is, qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam esse scit: eam enim duntaxat non capiet: caeterarum partium non impedietur longa possessione capio* = e nella decisione dell' imp. Giustiniano leg. 5, ultima, del lib. 8, titolo 40 del codice romano, il cui argomento si è: *Interpellatio facta ab uno de correis credendi, interrumpit praescriptionem etiam quoad caeteros* = Art. 2249 C. N.

437 Nel presente articolo non si fa che scorrere leggermente sul tema del prescrivere e dell' usucapire in ciò che può riferirsi al possesso. Per ciò qui si rammenta soltanto fornirsi e compiersi gli uffici ed attributi dell' usucapione e prescrizione, mediante l'adempimento de' requisiti voluti dalle determinazioni di legge e di giurisprudenza nei possessi; requisiti nel presente trattato discorsi ed insegnati.

438 Nelle prove dimostrative del decorso di tempo in cui si possedette, non è a trascurarsi la seguita interruzione naturale e civile. Nell' attuale discettazione sui possedimenti, si toccarono le qualità, che impongono le leggi a renderli operativi di effetti giu-

ridici; la pubblicità, la intenzione, la buona fede, la continuazione, a titolo di proprietà non equivoca.

439 Giova rimembrare di volo alcuni canoni efficaci ad avvalorare l' esito dell' usucapione.

Separata est causa possessionis et usucapionis (insegna Paolo nella l. 2, § 1, dig. pro empt.); *nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.*

440 Coloro che possedono in nome altrui, i conduttori, depositarj, usufruttuarj, detentori precari di qualunque genere, non possono mai prescrivere per qualsivoglia lungo trascorrimento di tempo; leg. prima C. communia de usucapionibus (1): nè i loro eredi: art. 2236, 2237 C. N.; quando però il loro titolo non si trovi mutato: 2238.

La buona fede si contrassegna specialmente in quella sentenza del *justa opinio quaesiti dominii.* Non cessa la buona fede per un errore di fatto = *Qui a quolibet rem emit quam putat ipsius esse, bona fide emit.* L. 27 ff. de contrat. empt. = art. 2229, 2265 C. N. Non così dell' errore di diritto. *Numquam in usucapionibus juris error possessori prodest,* l. 31 dig. de usucap. È errore di diritto v. g. l' attribuire ad una procura per amministrazione l'efficacia di potere eziandio alienare.

441 La buona fede per usucapire consistendo nella giusta opinione della proprietà d'una cosa posseduta, al possessore deve essersi partecipato l' acquisto fatto in nome di lui dal procuratore. Così dalla legge 47 ff. de usurp. et usucap. libro 41, tit. 3 = *Si emptam rem mihi procurator, ignorante me, meo nomine apprehenderit, quamvis possideam, (eam), non usucapiam.* E per lo stesso principio non potrò usucapire, quando io sia per errore nella credenza, che le leggi non riconoscano l'acquisto che si fece per mio

(1) *Qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere, neque enim colono, vel conductori praediorum longa possessionis praescriptio acquiritur:* l. 1. C. lib. 7, tit. 30 = art. 2236 C. N.

conto = *Si quis, id quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, et jam si erret non procedere tamen ejus usucapionem: vel qui non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedet usucapio:* Pomponio, l. 32, § 1 ff. de usucap.

Sempre presunta è la buona fede; e chi allega la mala fede ha debito di provarla = art. 2268 del cod. franc. = § 323, 328 del cod. aust. = le penul. C. *de evictj* l. 51, dig. pro socio = Vedi i precedenti artic. XIX, XX.

Secondo il cod. franc. art. 2269 ed il diritto romano, l. 4, § 18; l. 15, § ultimo dig. *de usurp. et usucap.*; l. 48, § 1 dig. de acquir. rer. dom.; l. 2 dig. *pro emptore* = basta il concorso della buona fede al tempo dell'acquisto o della consegnazione. Il codice austriaco al § 1463 dispone, che *la mala fede dell'antecessore non è di ostacolo al successore od all' erede di buona fede, per incominciare la usucapione dal dì del suo possesso.* Per tali disposizioni si collegano i varj successivi possessi. Vedasi in quest'opera l' *Articolo* XXVII.

442 La prescrizione si calcola a giorni, e non ad ore. Si acquista spirato l' ultimo giorno dell' ultimo termine: art. 2260 C. N. = *In usucapionibus... totum postremum diem computamus:* l. 6
443 dig. lib. 41, tit. 3. Ulpiano. Il codice austriaco al § 902 statuisce = *Per disposizione di legge 24 ore formano un giorno, 30 giorni un mese, 365 giorni un anno* = ed al § 903 = *Il diritto, all' acquisto del quale è stabilito un giorno preciso, si ottiene coll' incominciare di questo giorno. Per l' adempimento poi dell' obbligazione, l' intero giorno determinato è a favore della persona obbligata.*

444 Il possessore che mira a prescrivere ed usucapire debbe provare la convenzione od atto equivalente al giusto titolo da cui emana il suo possesso. E nel caso il possessore si difendesse, quale convenuto, opponendo la prescrizione, a lui si aspetta la prova del possesso per la regola, che *reus in excipiendo fit actor.* Il titolo deve esser verace; racchiudendo una causa falsa, non potrebbe partorire giammai la usucapione.

445 Anche un titolo nullo per difetto di forme non può servir di base alla prescrizione: art. 2267 del cod. nap. Dice Celso per bocca di Ulpiano (l. 27 ff. lib. 41, tit. 3) *errare coloro, i quali pensano che alcuno possa acquistare per usucapione una cosa per averne ottenuto il possesso di buona fede.*

Ma Nerazio nella legge 5, § 1 del digesto al libro 41, titolo 10 *pro suo* avrebbe parteggiato per la prevalenza a pro della buona fede, scrivendo = *taluno acquisterà per usucapione ciò ch'egli avesse posseduto, credendo di esserne proprietario, benchè questa credenza sia falsa, purchè per altro la probabilità del suo errore giustifichi l' usucapione: quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.* In un fatto proprio vero l' ignoranza non sarebbe scusabile, perchè non si presume, come si presume in un fatto operato da un terzo: Questi stessi principj, applicati al titolo *pro emptore*, possono validare un titolo di compra-vendita, appoggiato unicamente ad una fallace supposizione.

446 Devesi dimostrare essere stata la possessione continua, e per conseguenza non mai interrotta; mentre accade talora, che *possessio quae vere interrupta est, continuata fingitur;* e suole avvenire allorchè si congiungono i tempi del possesso tra il defunto e l' erede, il venditore ed il compratore. Con questo però, che,
447 quando trattavasi di successione a titolo particolare si richiedeva la buona fede sì nell'autore, che nel successore: l. 13, § 11 e seg. *de adqu. vel amit. poss.* del digesto; altrimenti la prescrizione non cominciava a correre se non da che il successore principiava ad essere in bona fede: l. 5 ff. *de divers temps praesc.* Ma allorchè trattavasi di successione a titolo universale era necessaria la buona fede nel solo autore, posciachè subentrando l'erede in tutti i diritti di quello, subentrava eziandio nel jus di prevalersi della buona fede dell' autor suo ad effetto di prescrivere, quantunque l' erede fosse in mala fede: l. 30 ff. *ex quib. caus. major. in integr. rest.* = l. 43 princ. ff. de usurp. et usuc. = inst. de usuc. § 12.

448 La buona fede poi, secondo il C. N., è requisito indispensabile nella prescrizione dei dieci o dei vent' anni (art. 2265), non in quella dei trenta; art. 2262, alla quale *non si può opporre l'ec-*

cezione derivante dalla mala fede. Ancorchè fosse vizioso il possesso, il romano diritto professava la massima, che tanto le azioni reali, che le personali, *ultra triginta annorum spatium minime protendantur:* l. 32 C. de praesc. 30 vel 40 annorum.

Il cod. aust. al § 1477 dispone che provandosi la mala fede del possesso non si usucapisce nemmeno in trent' anni: ma nel suo esordio cotesto paragrafo assolve dal produrre il giusto titolo colui che appoggia l' usucapione al decorso dei 30 o 40 anni. Desso pertanto dispensa il possessore proponente la usucapione dal debito di provare qualmente ei possedette ognora in buona fede: incombe all' avversario la prova ch' ei tenne quel possedimento in mala fede durante il *tricennio.* Annota lo Zeiller, che *la dimostrata mala fede del possesso soltanto esclude, come dice la legge, l' usucapione anche in un periodo più lungo.*

Alla presunzione di proprietà scaturiente dal possesso si collega l' altra presunzione ammessa dal jus romano, francese ed austriaco, che ciascuno possegga per sè stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che siasi cominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre che si possede collo stesso titolo, se non vi è prova in contrario: art. 2230 C. N.

449 Gli atti meramente facoltativi e quelli di semplice tolleranza non possono servir di fondamento nè pel possesso, nè per la prescrizione: art. 2232 C. N. = § 345 C. C. A. *Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit:* Paolo l. 41 dig. lib. 41, tit. 2.

450 Il possessore attuale che provi di avere anticamente posseduto, si presume che abbia posseduto nel tempo intermedio; salva la prova in contrario: art. 2234 del cod. nap., cui fanno eco parecchie leggi romane: vedi *Onofrio Taglioni* = Il codice napoleone col confronto delle leggi romane; Milano 1809 per Francesco Sanzogno.

EDITTO IMPERIALE

22 Giugno 1825

SUL POSSESSO SOMMARIO O SOMMARISSIMO

Per provvedere, onde nelle quistioni per turbamento di possesso d' ogni specie, ed in particolare riguardo ai confini, acquidotti, ed opere idrauliche, in quanto esse spettano alla sola giurisdizione civile, sieno messi in pratica esecuzione senza bisogno di lunghe procedure i rimedj di diritto, e le determinazioni del Giudice prescritti dal Codice Civile generale, ed in ispecie nel primo capo della seconda parte, a difesa del possesso minacciato, ovvero per la restituzione del possesso turbato, Sua Cesarea Regia Appostolica Maestà, mediante Sovrana Risoluzione dei 22 giugno 1825, si è degnata di prescrivere a norma comune delle parti, e dei Giudici la seguente procedura sommarissima.

§ 1. Le quistioni per turbamento di possesso sono di esclusiva competenza delle Preture foresi, ed urbane nel rispettivo circondario giurisdizionale, in cui si trova l' oggetto della controversia.

§ 2. Chi ha sofferto pregiudizio nel possesso d' una cosa, o di un diritto, ovvero chi fu illegittimamente privato del possesso stesso, deve tosto, ed al più tardi entro trenta giorni continui da computarsi dal giorno, in cui avrà notizia del turbamento, chiedere l' assistenza del Giudice, e spiegare con precisione la sua domanda (Codice Civile §§ 339, 345, 346, 347, 851). Dopo la scadenza di questo termine il possessore, che si asserisce turbato, deve appigliarsi all' azione possessoria nella procedura ordinaria.

§ 3. Per turbamento di possesso si procede verbalmente colla massima speditezza; e gli atti possono seguire anche in qualunque giorno feriale. La petizione può essere presentata in iscritto,

ovvero dettata in giudizio a protocollo; nel primo caso si nota sulla medesima dalla parte esterna = *urgente per turbamento di possesso.*

§ 4. Nelle procedure per turbamento di possesso viene escluso l' intervento degli Avvocati.

§ 5. In questa procedura sommaria il Giudice dee per effetto del suo Ufficio tenersi presente ed inculcare alle parti la massima, che trattasi puramente dell' indagine, e della prova materiale dell' ultimo possesso di fatto, e del turbamento, e che il provvedimento, o la decisione del Giudice sono limitati a proteggere, ed a restituire il possesso, che viene turbato. Chi intende di acquistare un nuovo possesso, ovvero di esercitare un prevalente diritto al possesso, deve seguire la via ordinaria civile; ad essa appartiene anche la discussione sul titolo, e sulla buona, o mala fede del possesso, come pure sulle pretensioni d' indennità, in quanto queste non sieno volontariamente riconosciute (Codice civile §§ 320, 328, 335, 339, 372, 373, 374). Per conseguente l'attore verrà astretto a determinare con precisione la sua domanda, e ciascheduna delle parti a dare distinte dichiarazioni sui fatti addotti dalla parte avversaria.

§ 6. Il Giudice cita ambedue le parti a comparire entro il più breve termine possibile, fosse anche nel giorno medesimo, o nel susseguente, avvertendole dell' obbligo, che loro incumbe, di portare tutti i documenti, e condurre seco tutti i testimoni, dei quali vogliono fare uso, e che in caso di contumacia d' una parte, si presterà fede alle asserzioni della parte avversaria, e si giudicherà secondo quelle.

§ 7. Quando già dalla petizione si manifesta l' utilità d' un accesso giudiziale, può il Giudice tenere tosto la prima Sessione sul luogo, e farvi comparire i periti.

§ 8. Nei casi di nuova costruzione d' un edifizio, o di altra opera, nei quali, giusta i §§ 340, 341, 342, del Codice Civile, ha luogo il divieto di continuare la innovazione sino alla decisione della controversia, il Giudice, ad istanza dell' attore, deve dare la necessaria disposizione nell' atto che dà corso alla domanda.

§ 9. Anche in altri casi di urgente pericolo d' ingiusto pregiudizio si può ingiungere al Reo convenuto di astenersi sino all' esito della quistione da tutte le azioni di questo genere, o da ogni innovazione nell' oggetto della controversia, colla comminatoria di corrispondente multa od arresto.

§ 10. All' effetto d' impedire atti di violenza o di evitare un pregiudizio irreparabile, e specialmente se fosse incerto chi abbia il possesso non vizioso, si potranno, anche pendendo la procedura, ed avanti il termine della medesima chiedere, e dal Giudice accordare dei provvedimenti interinali. A questo fine il Giudice o decreta la sequestrazione giusta il § 347 del Codice Civile, o vieta ad ambe le parti ogni atto di possesso, o affida l' oggetto controverso a quella parte che presta cauzione al suo avversario, ovvero che per altri riguardi, prese in considerazione a termini di diritto tutte le circostanze, ha un fondamento prevalente a chiedere la protezione del Giudice.

§ 11. Se una parte non comparisce alla Sessione stabilita, si ritiene per vero quello stato di possesso, che viene indicato dalla parte presente, e si conserva mediante Decreto contumaciale. Quando compariscono ambe le parti, il Giudice procura di ottenere una transazione nella quistione di merito, o almeno una disposizione temporanea sino alla decisione della medesima. Se questo esperimento non riesce, si procede agli atti nell' ordine prescritto, ma soltanto sul turbamento di possesso.

§ 12. Senza consenso delle parti non si concede mai veruna proroga, qualora all' attitazione non osti un impedimento manifestamente invincibile.

§ 13. Sui fatti controversi, occorrendo, si sentono tosto *ex Officio* testimoni, e periti, e se ne fa processo verbale. Dipende dalla prudenza del Giudice il conoscere quali e quanti testimoni, e periti abbiansi a sentire, e quali interrogazioni debbano loro esser fatte.

§ 14. I testimoni, ed i periti non prestano giuramento, ma viene loro fatta l' espressa ammonizione, che con false asserzioni, ovvero celando la verità, si renderebbero responsabili, e sarebbero

sottoposti a castigo. In questa procedura non è ammesso verun giuramento delle parti.

§ 15. Chiusi gli Atti, viene tosto, e se fia possibile, ancora nel medesimo giorno, emanata la decisione mediante un Decreto, che contiene anche i motivi, e che s'intima senza indugio ad ambe le parti. La decisione somministra una norma meramente provvisionale per l'ultimo possesso di fatto, ovvero pronuncia giusta la Legge (§§ 340, 341, 342, 343, Codice Civile) un divieto, o l'obbligo di dare cauzione; essa non impedisce a veruna delle parti di esercitare nella via ordinaria, come fu disposto al § 5, un prevalente diritto al possesso, e le azioni che ne derivano.

§ 16. Il ricorso al Giudice superiore è permesso solamente contro l'accennato Decreto definitivo, e non si ammette contro i provvedimenti e le disposizioni interinali dati nel corso della procedura, contro i quali è riservato a ciascheduna delle parti d'insinuare il gravame dopo il Decreto definitivo unitamente al ricorso. Sono esclusi tutti gli altri rimedj della Legge, ed in particolare la restituzione in intiero.

§ 17. Questo ricorso si presenta in iscritto al Giudice di prima Istanza, ovvero si detta verbalmente a protocollo entro otto giorni continui; passato questo termine viene rigettato *ex Officio*. Se il ricorso è insinuato entro il termine, la Pretura trasmette tostamente al Tribunale d'Appello tutti gli Atti, senza tenere veruna Sessione per coordinarli, e vi unisce in originale i processi verbali degli accessi e perizie, e degli esami dei testimoni, qualora le parti non gli abbiano prodotti in copia.

§ 18. Si accorda senza indugio alla parte vittoriosa l'esecuzione del Decreto di prima Istanza anche avanti la scadenza del termine pel ricorso, e senza riguardo al ricorso che si fosse realmente insinuato. Dipende dalla prudenza del Giudice di prima Istanza il determinare se, pendendo il ricorso al Giudice Superiore, i provvedimenti, e le disposizioni interinali emanate nell'Atto di dare corso alla petizione, o durante la procedura (§§ 8, 9, 10) debbano tosto cessare, ovvero continuare sino a che il Decreto sia passato in giudicato.

§ 19. Se dagli Atti risultano indizj di grave trasgressione di Polizia, o di delitto, il Giudice eseguisce le prescrizioni del Codice penale; e riguardo all'oggetto della controversia, in quanto appartiene alla Giurisdizione civile, procede nel tempo medesimo incessantemente secondo le regole più sopra stabilite.

Tale venerata Sovrana Risoluzione viene pertanto portata a pubblica conoscenza per norma comune, in ordine ad ossequiato Dispaccio 23 settembre anno corrente n.° 29680-2857 dell' Eccelsa I. R. Aulica Cancelleria Riunita.

Venezia li 15 ottobre 1825.

INDICE

DEGLI ARTICOLI DELL' OPERA.

I. *Azioni in genere* . . . . . pag. 5
II. *Azioni possessorie* . . . . . » 6
III. *Possesso in genere.* . . . . . » 10
IV. *Quasi-possesso di dominio diretto e di dominio utile, di uso, di usufrutto e servitù.* . . . . . » 13
V. *Dell' acquisto del dominio, del possesso o quasi, delle servitù e simili diritti in particolare.* . » 16
VI. *Servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti.* . . . . . » 25
VII. *Possessi d' una eredità* . . . . . » 27
VIII. *Possesso per accessione* . . . . . » 32
IX. *Di più possessori e dell' azione* Pubbliciana . . » 37
X. *Conseguenze del possesso, ossia sua natura* . . » 40
XI. *Possesso considerato come titolo di proprietà. Occupazione* . . . . . » 43
XII. *L' interdetto, ossia l' azione* Salviana e Serviana » 46
XIII. *Azioni vendicatorie del possesso: petitorio, o giudizio di possesso plenario* . . . . . » 49
XIV. *Possessore e detentore* . . . . . » 69
XV. *Possesso naturale e civile.* . . . . . » 70
XVI. *Giusto titolo di possedere.* . . . . . » 73
XVII. *Uso di famigliarità e tolleranza* . . . . . » 78
XVIII. *Precario.* . . . . . » 82
XIX. *Buona fede nel possesso* . . . . . » 90
XX. *Mala fede nel possesso* . . . . . » 98
XXI. *Possesso clandestino e violento* . . . . . » 100
XXII. *Nozioni generiche sul possesso sommario o sommarissimo secondo il jus comune* . . . . » 106

XXIII. *Principii di jus comune intorno al possesso sommario mantenibile e teoriche del possesso medesimo.* . . . . . pag. 114
XXIV. *Possesso sommario austriaco, giusta la sovrana risoluzione 22 giugno 1825 chiarita col jus comune austriaco* . . . . . » 126
XXV. *Riassunto del precedente articolo XXIV. Spirito della notificazione austriaca sul possesso sommario o sommarissimo* . . . . . » 143
XXVI. *Possesso di superficie* . . . . . » 152
XXVII. *Possesso delle cose furtive.* . . . . . » 159
XXVIII. *Accessione, o unione dei possessi per usucapire. Titolo universale e singolare.* . . . . . » 164
XXIX. *Non uso. Suoi effetti giuridici* . . . . . » 174
XXX. *Interruzione del possesso* . . . . . » 184
XXXI. *Perdita e conservazione del possesso.* . . . . » 190
XXXII. *Analisi dei due interdetti:* unde vi - uti possidetis » 197
XXXIII. *Prescrizione — Usucapione.* . . . . . » 215
Editto imperiale 22 giugno 1825 sul possesso sommario o sommarissimo . . . . . » 224
Sussegue l'indice particolareggiato delle materie. . . . » 231

INDICE PARTICOLAREGGIATO DELLE MATERIE

COL RICHIAMO DEI NUMERI PROGRESSIVI POSTI NEL MARGINE DEL TESTO

ARTICOLO I.

Azioni in genere.

1. Cosa sia azione.
2. Giudizio preventivo sopra un diritto.
3. Quando sia nata l'azione. Fatto cui si congiunge.
4. Prove di fatto. Questioni di diritto.

ARTICOLO II.

Azioni possessorie.

5. Non si può di proprio arbitrio molestare il possessore.
6. Possessorio sommario.
7. Possessorio ordinario.
8. L'azione possessoria appellata interdetto.
9. Varj interdetti. Definizioni.
10. Giurisprudenza francese ed austriaca sull'immissione in possesso.
11. Azione vendicatoria, ossia petitoria e in uno possessoria. Giudice competente.

ARTICOLO III.

Possesso in genere.

12. Definizione del possesso: del quasi-possesso.
13. Utile sociale della proprietà.
14. Il possesso cosa di fatto. Dominio.
15. Disparate sentenze del jus romano sul possesso.
16. Come diffinito dai juspubblicisti moderni; dal codice francese e dall'austriaco.

ARTICOLO IV.

Quasi-possesso di dominio diretto e di dominio utile, di uso, di usufrutto e servitù.

17. Definizione della proprietà secondo Bentham.
18. Dominio diretto ed utile.
19. Azione utile nell'usufrutto e nell'enfiteusi.
20. Nuda proprietà e i diritti che la costituiscono.
21. Si può acquistare una servitù per l'avvenire; ma non sussiste senza soggetto.
22. Servitù personali dovute da un fondo. Usufrutto, uso, abitazione.
23. Disposizioni nei suindicati argomenti del codice civile austriaco.
24. Simili del codice civile di Francia.

ARTICOLO V.

Dell' acquisto del dominio. del possesso o quasi delle servitù e simili diritti in particolare.

25. Natura delle servitù.
26. Il jus romano divideva in due classi tutte le servitù.
27. Le servitù sono diritti, quindi incorporali.
28. Tradizione reale e finta.
29. Si può impossessarsi dei diritti, mediante il consenso.
30. Esempio tolto dal jus romano.
31. Consegna delle cose mobili.
32. La consegna, ossia il possesso per sè non basta ad attribuire la proprietà.
33. Sul consenso di chi dà e di chi riceve.
34. Errando nulla si perde. Applicazione alle tradizioni.
35. Vale la tradizione ancorchè le parti discordino sulle cause.
36. Discrepanza tra alcuni giureconsulti romani.
37. Parere di Vinnio.
38. La consegna dee essere reale, non immaginaria.
39. Il prezzo compie la vendita fatta non a credito.
40. Non è trasferito un possesso che possa rivocarsi.
41. Il codice civ. aust. esso pure considera in genere necessaria la trasmissione del possesso negli acquisti.
42. Il codice francese perfeziona col solo consenso alcuni atti traslativi del dominio.

43. Si trasferisce di regola cosa principale ed accessorj.
44. Beni immobili e mobili, secondo il codice francese anzidetto.
45. Secondo il codice austriaco.
46. Se giusta quest'ultimo codice, diventò immobile il gius ipotecario dopo la conferma dei registri ipotecarj italiani.

ARTICOLO VI.

Servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti.

47. Servitù continue e discontinue: quali sono.
48. Le apparenti e non apparenti.
49. Si acquistano con un titolo, ovvero sia colla prescrizione, le continue ed apparenti.
50. Le continue non apparenti, o le discontinue, siano o no apparenti, non si acquistano che con titolo scritto.
51. La servitù è smembramento di proprietà.
52. Il codice napoleone non prescrive che le servitù apparenti.
53. La usucapione e la prescrizione si compiono secondo la legge sotto cui si cominciarono.
54. La prescrizione austriaca delle servitù.
55. Prescrizioni di servigi raramente esercitati.
56. Avvertimenti del giurista Zeiller.
57. Quando si ricomincia il periodo dell' usucapione.
58. Come si acquisti il possesso di un diritto, affermativo, negativo, proibitivo.

ARTICOLO VII.

Possesso d' una eredità.

59. Cosa sia eredità.
60. Eredi suoi e necessarj.
61. L' ingerirsi nell'eredità.
62. L' immischiarvisi.
63. Adizione nulla nel jus romano.
64. Vera adizione mediante volere.
65. È retroattiva l'adizione dell'eredità dopo rimasta vacante.
66. Requisiti per entrare in possesso.
67. L'eredità non adita è rappresentata dal defunto nel diritto; nel fatto da un curatore.
68. Presso i romani era azione mista la petizione di eredità.
69. Domanda di eredità.
70. Prova del vizio del testamento.
71. S'intenta l'azione di eredità contro chi possiede tutto l'ente ereditario, o parte.
72. Si prescrive in trent'anni.
73. Disposizioni del codice francese.
74. Del codice austriaco.

ARTICOLO VIII.

Possesso per accessione.

75. Giustificazione del titolo di questo articolo.
76. Accessorj d'una cosa.
77. Mancando la legge positiva, la consegna non sempre trasferirebbe la proprietà.
78. Il caso talora legittima il possesso.
79. L'accessione, modo di acquistare il pieno dominio.
80. Cose imposte sulla superficie.
81. Frutti pendenti, compenetrati colla terra.
82. Il frutto si percepisce non per gius di coltura, ma di suolo.
83. Suolo e piante.
84. Il suolo trae a sè le piantagioni.
85. Due cose unite non separabili; campo ed alberi.
86. Cose separabili.
87. Secondo l'equità il proprietario ha l' azione utile sull' arbore infisso o sradicato. Definizione dell'*azione utile o in factum.*
88. Fabbrica o piantagione sull'altrui terreno con materie proprie.
89. Si vendica una cosa od una parte di essa.
90. L'accessione è cosa che si arroge alla principale.
91. Legislazione francese ed austriaca.

ARTICOLO IX.

Di più possessori e dell' azione pubbliciana.

92. Rivendicazione d'un possesso di buona fede:
93. Mediante l'azione pubbliciana. Sua diffinizione ed origine.
94. Talvolta non compete tale azione per legittimi possessi: bensì basta l'opinione d'un titolo giusto.
95. Si esercita quando si possa usucapire.
96. Condizioni.
97. Essendo le parti in pari posizione, l'attuale possessore prevale.
98. Se possa fra noi applicarsi l'azione pubbliciana.
99. Tra più concorrenti ad un possesso, l'ottiene colui che ha più motivi di averlo.
100. Il mandato per vendere si estingue colla morte di chi l' assunse.

ARTICOLO X.

Conseguenze del possesso, ossia sua natura.

101. Consiste nel fatto, nel godimento, anche di diritti.
102. Possiede propriamente un solo.
103. Il jus di possedere non è il possesso.
104. Possesso naturale di chi non ha il dominio
105. Possesso civile.

106. Il possesso è atto preliminare all'ingrosso nella proprietà. Altre opinioni.
107. Il possesso è la proprietà materializzata.
108. Essenza giuridica del possesso.
109. Si possiede col corpo e coll'animo.
110. Cosa incerta, cosa indivisa, cosa indeterminata.

ARTICOLO XI.

Possesso considerato come titolo di proprietà: occupazione.

111. Occupazione.
112. Occupazione nello stato di natura: unico segno di dominio.
113. Opinioni di pubblicisti.
114. La cosa in comune può essere infruttuosa, non rispettandosi il primo occupante.
115. Le legislazioni civili toccano il jus del primo occupante.
116. Se la prescrizione sia di jus naturale o civile.
117. L'usucapione correlativa alla prescrizione.

ARTICOLO XII.

L'interdetto, ossia l'azione Salviana e Serviana.

118. L'azione salviana competeva al locatore del fondo rustico od urbano. In che consisteva.
119. Da chi si esercitava, e contro chi.
120. Se contro il terzo possessore, prendeva il nome di serviana; ed era costituita tacitamente.
121. Il pegno svaniva coll'alienazione consentita da patto speciale.
122. Differenza tra l'azione serviana e salviana.
123. Cose introdotte (*inducta*) e trasportate (*illata*) nei fondi urbani e rustici.

ARTICOLO XIII.

Azioni vendicatorie del possesso: petitorio, ossia giudizio di possesso plenario.

124. La vendicazione è azione petitoria: abbraccia tutte le cose tangibili, e per le incorporali si chiede la facoltà di usarne: si concede anche una parte indeterminata.
125. Cosa colpisce: sua origine e natura.
126. Cose unite ad altre.
127. Piantagioni nel suolo altrui.
128. Trave altrui unito alla casa.
129. Edifizio sul suolo altrui.
130. Oggetti connessi agli edifici.
131. Mischianza di oggetti. Saldature. Proprietà pensile e limitata.
132. Vendicazione delle cose mobili, secondo l'odierno jure.
133. Cosa mobile non pagata.
134. Bisogna essere in attualità di possesso. Azione di presentare, *ad exibendum*.
135. Contro chi si eserciti l'azione vendicatoria.
136. Forma della domanda: qualità essenziali.
137. Domanda vendicatoria d'un immobile.
138. Domanda vendicatoria di proprietà in comune.
139. Vendicazione di eredità.
140. Dove, quando ed a spese di chi debba restituirsi la cosa vendicata.
141. Sequestro in rivendicazione.
142. Cauzioni a pro del dispossessato.
143. Azioni a pro del possessore cadente.
144. Azioni reciproche tra chi vendica e chi restituisce.
145. Della vendicazione della parte d'una cosa.
146. Effetti della vendicazione in corso.
147. Prove addossate all'attore.

ARTICOLO XIV.

Possessore e detentore.

148. Distinzione tra possesso e detenzione.
149. Codice civile austriaco: come la diffinisca.
150. È detentore chi trattiene la cosa per altri; dicesi piuttosto essere in possesso.
151. Detenzione che separa il possesso.

ARTICOLO XV.

Possesso naturale e civile.

152. Il possesso naturale è l'occupazione corporea: il civile, la legittima.
153. Il possesso primitivo fu il naturale, ossia il *dominio bonitario*.
154. Significazione della frase, *possesso nei beni*.
155. Il possesso naturale è la detenzione senza titolo di proprietà.
156. Il possedere mediante titolo proibito non toglie il possesso naturale; nè lo toglie il titolo nullo, nè quello inetto a trasmettere la proprietà.
157. Quando il naturale si converta in possesso civile.
158. Definizione del possesso civile.
159. Quando manchino le condizioni a costituirlo.
160. Varietà delle legislazioni.

ARTICOLO XVI.

Giusto titolo di possedere.

161. È titolo la causa del possesso.
162. Il diritto ne determina le condizioni.
163. Varie denominazioni dei titoli legali.
164. Titoli gratuiti, onerosi, lucrativi, universali, particolari, nuovi.
165. Le condizioni del jus imposte al possedere coincidono colle conducenti al dominio.
166. Un titolo riprovato non dà jus al possesso.

167. Corollario I. non basta la buona fede per usucapire.
168. Corollario II. si può usucapire concorrendo anche un errore, ma giustificabile.
169. Corollario III. IV. V. VI. Titolo giusto — sta l'usucapione d'una cosa, che si restituisce per altra azione — non è titolo giusto il posseder la cosa come d'altri, o per conservarla.
170. Corollario VII. VIII. Non è giusto un titolo invalido, nè uno sospeso da una condizione.
171. Corollario IX. ingiusto, cangiata la causa del possesso.
172. Corollario X. Sta l'effetto del lungo possesso anche perduti i documenti.
173. Corollario XI. Chi tiene una cosa per cauzione, la usucapisce *pro soluto*.
174. Corollario XII. ma dee esistere un debito.
175. Corollario XIII. Quando debba credersi, che la cosa consegnata, sia dovuta.
176. Corollario XIV. Si presta all'usucapione l'assegno in pagamento, la cessione: ma vuolsi la buona fede
177. Distinta la causa del possesso da quella dell'usucapione.
178. Prescrizione di tutte le azioni in trent'anni.

ARTICOLO XVII.

Uso di famigliarità o di tolleranza.

179. Cosa sia famigliarità.
180. Come la qualifica il codice napoleone: ragione.
181. Le servitù non si presumono: non debbono emergere da atti di urbanità.
182. Sentenza di Paolo.
183. Che disponga il codice austriaco.
184. La prestanza ad uso, ossia il comodato, è atto di famigliarità.
185. Citazione di Domat.
186. Gli atti di famigliarità non iscemano il dominio.
187. Se nemmeno per usucapione centenaria.
188. Se nemmeno per l'immemorabile.
189. Sul possesso immemorabile; leggi romane.
190. Questi atti di tolleranza.

ARTICOLO XVIII.

Precario.

191. Sua definizione.
192. Il precario ha termine colla volontà che lo accorda.
193. Se sia determinata la durazione di esso.
194. Se si aggiungano delle condizioni.
195. Prolungazione tacita.
196. Il precario porta un certo possesso.
197. Possiede in uno chi dà e chi riceve.
198. Si può impetrare anche col mezzo di procuratore.
199. L'usufruttuario ed il fittajolo non sono i possessori del precario, ma *sono nel possesso* del medesimo.
200. Tiene a precario chi pregò di poter possedere.
201. Non si dà precario sulla cosa propria.
202. Non può tramutarsi la causa del possesso.
203. La cosa data a precario non si può mai usucapire. Citazione di Merlin e dei codici francese ed austriaco.
204. Il precario finisce colla morte del concessionario, non del concedente.
205. Successore a titolo particolare dell'immobile sul quale esercitavasi il precario.
206. Precario tacito prolungativo per quasi contratto.
207. Il simile a pro dell'erede del concessionario.
208. Quest'erede, persistendo nel precario, secondo i casi, può sospettarsi di possedere clandestinamente.
209. Quando si estimasse proprietario chi vendeva a noi: non bastava che un affittajuolo pretendesse aver goduto da padrone.
210. Il precario si costituiva come gli altri contratti, anche tacitamente.
211. Su di che si ricordano alcune dottrine.
212. Se il precario sia convenuto per un certo tempo: o con condizione.
213. Talora è sottintesa la condizione, che determina la durata del precario.
214. Chi tenne uno stabile in condotta; poscia a precario.
215. Caso sottile di Papiniano.
216. Le cose vanno restituite nella primiera loro causa.
217. L'interdetto restitutorio di precario compete anche dopo l'anno, giusta il romano diritto.
218. Il precario è impeditivo all'acquisto del possesso al paro degli atti e modi dolosi.

ARTICOLO XIX.

Buona fede nel possesso.

219. La buona fede necessaria all'usucapione.
220. Diffinizione della buona fede, che si presume in ogni possessore.
221. È tale chi possiede in fatto quale padrone.
222. Siffatto possessore è conservato tale in confronto del più antico, anche con titolo scritto.
223. La presunzione di proprietà sta nel possessore.
224. Nelle convenzioni ciascun contraente si sottintende tenuto verso l'altro ad intera buona fede.
225. In che questa consista; specialmente nella materia possessoria.

226. Non si riscontra in chi ignora di possedere.
227. Chi acquista da un pupillo creduto pubere, e da un procuratore.
228. A costituire in buona fede giova l'error di fatto, non l'error di diritto.
229. Della compra e vendita approvata dal tutore prima o dopo la sua consumazione.
230. Manca la buona fede se la cosa acquistata, anche per errore, si reputasse non mercatabile.
231. Sul possessore che sconosca la propria condizione.
232. Dispersione del prezzo della cosa comperata: vendita per causa turpe.
233. Tempo della buona fede.
234 Compera di un procuratore ad un incanto provocato da lui stesso.
235. Parere su questa questione di Africano e di Pothier.
236. Avvertimenti sull'epoca della buona fede.
237. Conclusioni sulla giurisprudenza moderna.
238. Codice francese.
239. Codice austriaco.
240. Buona fede nell'usucapione delle servitù.

ARTICOLO XX.

Mala fede nel possesso.

241. Definizione della mala fede.
242. A chi incomba il provarla.
243. È di mala fede il possesso privo di fondamento legittimo e in opposizione della buona fede.
244. Secondo il jus romano e l'austriaco non si usucapisce senza buona fede. Sentenza di Paolo.
245. Chi trae profitto di un amminicolo, dee profittarne colle cause e vizj a quello annessi.

ARTICOLO XXI.

Possesso clandestino e violento.

246. Diffinizione dell'opera violenta e della clandestina. Si risalga all'origine del preso possesso.
247. Clandestino è il preso di soppiatto, o quando si possiede come propria una cosa tenuta per precario.
248. Un fatto clandestino si suppone sempre doloso: avvi la mala fede.
249. Occultazione: denuncia artificiosa. Sentenza di Merlin su questo tema.
250. Dilucidazione maggiore del possesso clandestino.
251. Malagevole la pubblicità nel possesso di diritti incorporali.
252. Il clandestino possesso non può riferirsi al vero proprietario.
253. Possesso con violenza. Col mero jus non si espelle da un paesaggio. Non si possedono che le cose tangibili.
254. Bisogno della violenza materiale, cadente sopra oggetto fisico.
255. Tizio entrò nel vacuo possesso: ei non possede violentemente. Parere del g. c. Giuliano.
256. È fatto violento quello ch'è proibito.
257. Una sicurtà fa svanire l'idea di violenza.
258. Può originarsi tentando astutamente di prevenire la proibizione.
259. La fatta violenza continua. Si sospende pel durar di una lite. Cessa, cautando pel danno.
260. Praticamente si confondono le due qualità di clandestino e di violento.
261. Cod. civ. aust. al § 345: distingue il possesso violento, doloso, clandestino.

ARTICOLO XXII.

Nozioni generiche sul possesso sommario o sommarissimo secondo il jus comune.

262. Sulla nomenclatura.
263. Distinzione del possesso sommario e del plenario: loro definizioni.
264. Azione possessoria sommaria: entro qual termine si eserciti: citazione del Chiesa.
265. Come si tratti la detenzione. Richieri — Chiesa: manutenzione pel momento. Critica sul pareggiare la detenzione al possesso.
266. Riguardi al possessore antico in confronto di chi accampa un'azione recente: cautele nell'esercizio di quest'ultima azione.
267. Particolareggiamento di alcune vie di fatto turbative del possesso — nella nota 6.
268. Turbativa di diritto: come avvenga: contegno che dee tenere l'attore. Disposizioni della legge francese.
269. Della sturbazione di possesso operata da un terzo che non fu mai posseditore dell'ente in contesa; o che cessò di esserlo da più di un anno. Se si disagia il possessore d'un anno per opera del privato: petitorio.
270. Giurisprudenza comune su tal punto conforme alla francese. Il possessorio non si accumula al petitorio. Chi agisce in petitorio od in possesso plenario, non può più addire il sommario.
271. Nel possesso sommario dee per preliminare ponderarsi chi all'istante possegga. Requisiti che dee provare l'attore in possessorio sommario. Effetto del giudizio; cenno della forma di esso.
272. Se possa aver luogo l'azione *redintegranda* contro il possessore di buona fede.
273. Il possesso sommarissimo esige leggieri prove.

ARTICOLO XXIII.

Principj di jus comune intorno al possesso sommario mantenibile, e teoriche sul possesso medesimo.

274. Difficoltà di preferire tra due un possesso. Osservazioni sulla prevalenza. Due pretendenti una cosa: a chi si pronuncia il possesso mantenibile.
275. Esame delle circostanze e dei fatti in presente e passato.
276. Incombenze della parte instante. Avvertimento del Romagnosi.
277. Non ha luogo il possesso sommario nei diritti reali imprescrittibili, neppure nei viziosi. Cose imprescrittibili, giusta il codice francese e l'austriaco.
278. Possesso vizioso non mantenibile.
279. Ciò che somministra ragioni di essere mantenuti o rintegrati in possesso.
280. Unione del possesso dell' autore con quello dell'attuale possessore.
281. Nel possesso sommario non si pone di proposito tesi di proprietà; ma non è interdetto il convalidare con questa il possesso, presentando i documenti riserbato alla parte interessata il diritto di eccepire allorchè si tratterà del petitorio.
282. Produzione di titolo per decidere se siavi atto di mera tolleranza e se intervengano altri vizi.
283. Decisione della corte di cassazione suprema di Francia, dove si separò la ispezione del fatto della esistenza di un titolo dal valore giuridico del titolo stesso.
284. Il godimento per un anno od altro periodo stanziato dalla legge, impedisce lo spoglio per vie di fatto riprensibili.
285. Caso permissivo d' interruzione privata d' una servitù.
286. Conservazione temporaria di possesso ordinata dal magistrato: non già del possesso istantaneo di fatto senza un accurato esame del caso, onde non si proteggano le prepotenze.
287. Possesso da mantenersi: occorrono tre condizioni; giusta causa, intenzione, occupazione materiale. Chi venga privato di simile conseguito possesso, può farvisi ristabilire dal magistrato.
288. Vie di fatto esecutive della legge. Disposizioni relative del codice civile austriaco. Illegittimo lo spoglio dopo il possesso d'un anno nel sistema romano e francese. Vie di fatto lecite ed illecite.
289. Secondo il jus romano è solo mantenibile il possesso, verificato il requisito della scienza e pazienza dell' avversario. Editto di Adriano.
290. Teorie di Romagnosi: non basta il solo tempo per mantenersi in possesso.
291. Studiava le rispettive legislazioni, onde conoscere quale possesso si qualifichi per mantenibile.
292. Sentenza di Romagnosi conclusiva.
293. Non basta il silenzio del padrone del fondo serviente per far acquistare un jus di servitù. Non si può consentire sopra oggetti non bene determinati, mutabili, dubbj.
294. Altra sentenza di *Romagnosi* conclusiva.
295. Possessore titolato, con prescrizione perentoria: possessore annale riguardato come utente temporaneo: jus romano relativo; il francese quasi uniforme al romano.

ARTICOLO XXIV.

Possesso sommario austriaco, secondo la sovrana risoluzione 22 giugno 1825 chiarito colle teoriche del jus comune austriaco.

296. Data delle due notificazioni di quella legge. Competenti le preture, anche entrandovi persone ed erario militare, per giudizii di tal fatta: così per la norma di giurisdizione 20 novembre 1853. Riguardo mobili ed immobili.
297. Se giudicano le preture ancorchè l' oggetto determinasse la giurisdizione politico-amministrativa.
298. Natura della legge anzidetta.
299. Tenore del paragrafo quinto della sovrana risoluzione predetta. *Ultimo possesso di fatto*: interpretazione di questa frase: non si riferisce ai colpi di mano.
300. Tenore dei paragrafi 2 e 10, dai quali si palesano le qualità morali e giuridiche del possesso mantenibile. Citazioni annesse all' espressione di *possesso* di fatto.
301. Nel proemio dell' anzidetta grida del 1825 leggesi applicato alla stessa l' intero capitolo *sul possesso* del cod. civile aust. Ragionamento desunto dalla distinzione di *possesso e detenzione*, giusta il § 309 del codice civ. — rimembrato il commento dello *Zeiller*.
302. Definizione delle vie di fatto, ossia fatto di fatto. Sarebbe immorale attribuire ai medesimi un valore giuridico, quando presentassero de'vizi.
303. Si ritorna all' analisi del § 2, e si passa a quella del § 345 del cod. civ., allegando la traduzione dell' avvocato *Basevi*.
304. Sul § 346 del cod. aust. e sulle azioni contro il possessore vizioso. Si deduce che vuolsi investigare da qual parte risiede il possesso conforme all' equità ed alla legge.
305. Si ritorna sul proemio della risoluzione 1825 colla richiamata del capitolo del cod. civ. sul possesso: ragionamento conseguente.

306. La predetta risoluzione sovrana non altera per nulla l'applicazione delle discipline legislative intorno alle questioni possessorie statuite dal codice stesso.
307. A convalidazione di questa tesi si allega nella nota 1 le disposizioni in fatto di possesso sommario portate dal *Metodo giudiziario civile* del 14 aprile 1804 stato fra noi in osservanza sino al 14 ottobre 1806 — non che si arroge il corredo di altri raziocinj, ed in ispecie sulla intelligenza del § 5 della mentovata risoluzione, laddove tocca del *possesso di fatto da mostrarsi colla prova materiale.*
308. Il *detentore* non può tramutarsi in *possessore.* Incalzanti argomentazioni interpretative della dizione *possesso di fatto.*
309. Dottrine di Romagnosi sullo stesso tema. Azione reintegrativa contro qualunque possessore vizioso. Divieto delle vie di fatto. Il molestato da atti viziosi si difende ricorrendo al magistrato, tranne i casi urgenti.
310. Non è mantenibile il possesso viziato: quindi non mai sanciti i colpi di mano.
311. Come si acquista l'azione possessoria nei modi denotati dal § 313 del codice civile austriaco.
312. Se alcuno esige da un altro una cosa come di obbligo.
313. Se s'impiega in proprio vantaggio la cosa d'altri col consenso del padrone. È mestieri provare che questi ne era consapevole ed assenziente. Altro è sapere, altro è acconsentire.
314. Tre modi diversi di prendere col fatto possessione della cosa d'altri: il terzo modo è d'intraprendere l'uso d'una cosa coll'assenso del padrone od interessato: questo è l'unico mezzo ammesso dal gius austriaco. L'escluso da questo è il colpo di mano.
315. L'uso del colpo di mano tollerato, è vizioso e non mantenibile. Un possesso tollerato si pareggia al precario. Non ostante non può il particolare espellerlo di propria autorità.
316. Il possesso od uso può subire alterazioni dalla prima origine per eccezioni di errore o falsa causa; quindi il nostro assenso può discordare dalle nostre concessioni.
317. Si perde il possesso se l'adesione muova da chi non è proprietario: ma l'utente di buona fede dovrebbe essere mantenuto.
318. Unione de' tempi. La legislazione austriaca differisce dalla romana e francese. Spiegazioni.
319. Secondo il jus austriaco dee prodursi il titolo del possesso per valersene in possessorio; ma basta comprovare la concessione o prestazione in linea di *puro fatto.*
320. Nella legislazione romana e francese è sufficiente provare il possesso non vizioso annale: non corre obbligo di consenso positivo richiesto dal § 313 del codice austriaco.
321. Nel gius austriaco, a tenore appunto del § 313 ridetto, una cosa non acconsentita non è conceduta.
322. In possessorio è regolare la disputa sul fatto se sia seguita la prestazione o concessione del possesso, causale dell'azione possessoria.
323. L'uso del diritto si può tacitamente o espressamente consentire a mente del § 863 per adempiere al § 313 antecedente del cod. aust.

ARTICOLO XXV.

Riassunto del precedente articolo XXIV. Spirito della notificazione austriaca sul possesso sommario o sommarissimo.
324. Nel diritto romano e francese è mantenibile il possesso non vizioso durato un anno. Il gius austriaco non ammette mantenibile che il possesso acquisito secondo il § 313 del cod. civ. Citazione di Romagnosi e di Zeiller.
325. Osservazioni aggiunte dall'autore.
326. Romagnosi opina non valutabile in questo giudizio un *puro fatto* per istabilire il *possesso di fatto legale.*
327. Sui tre possessi indicati dal diritto austriaco, il vizioso, l'illegittimo, il legittimo:
328. Non si valutano a costituire possesso gli atti facoltativi e di tolleranza.
329. Non si arguisce mai la ratificazione di un colpo di mano; l'approvazione va dimostrata positiva. Sulle prove: Romagnosi, Mascardo.
330. Spirito della sovrana ordinanza commentata. Ritorno sul proemio della medesima.
331. La giurisdizione del possesso sommario riservata alle preture.
332. Quando si ricorra per l'evento di spoglio illegittimo: in che consiste tale spoglio: esemplificasi un caso, che si pensa anche avvenuto.
333. Sul termine dei trenta giorni. Congettura sul suo scopo.
334. Non vi è disciplina di rigore per accertare tale trascorrimento di tempo.
335. Sull'intelligenza del § 5 della notificazione cesarea. Come sia generalmente intesa.
336. Osservazioni in proposito.
337. Importanza della presente controversia.
338. Interpretazione più ragionevole.
339. Cenno sui paragrafi 6, 7, 13, della mentovata grida imperiale.
340. Poteri facoltativi dati in tale giudizio.
341. Scopo benefico della legge. Prove: presunzioni.

ARTICOLO XXVI.

Possesso di superficie.

342. Uso generale di piantagioni sulla sponda de' fiumi fatte dai vicini.
343. Non è ben ravvisata la differenza dei rapporti sulla proprietà piena e men piena di siffatte piantagioni.
344. Testi romani sulla questione. Pare lasciata incerta la decisione.
345. Cosa sia superficie. Definizione: testi.
346. Gli alberi non formano un corpo separato dal suolo.
347. Essenza del jus di superficie. Usurpazione d'un confinante del terreno appartenente al proprietario della sponda. sanzione d'un tempo immemorabile.
348. Mantenimento nel possesso del *superficario*. Il padrone della sponda non è più in tempo di esercitare l'azione contro la nuova opera.
349. Giusta il jus romano il pretore proteggeva quello che domandava la superficie, e talvolta concedeva l'*azione utile reale*: in che dessa consiste. Ma le leggi romane si riferiscono ad un contratto di locazione e conduzione.
350. Si suppone il caso di un provato antico acquisto del terreno arginale: prescrizione che trasfuse e divise il dominio utile dal diretto.
351. Discussione degli effetti della prescrizione ed usucapione, secondo i varj codici: mala fede.
352. Caso delle legislazioni prescriventi a chi scava un canale irrigatorio l'acquisto del suolo per la sponda; legge di buon governo, toccante il bene sociale. Si considera la questione rispetto ai varj codici.
353. Opinione che sia imprescrittibile la proprietà della sponda.

ARTICOLO XXVII.

Possesso delle cose furtive.

354. Come possa applicarsi l'usucapione alle cose rubate.
355. Legge delle dodici tavole sull'usucapire. Opinione di Cajo, che la cosa furtiva non possa essere usucatta: eccezione. Pothier pensa col sovvertimento del possesso non contraersi il vizio di furto. Non era più roba furtiva se il venditore la ignorava tale.
356. È furtiva una roba formata con materie rubate: non il denaro ricavato; bensì la cosa nata o staccata, secondo il jus romano, dall'oggetto rapito. Eccezioni.
357. Il possessore di buona fede si reputa proprietario sino alla rivendicazione
358. Per usucapire in sul cominciar del possesso necessita la buona fede: la si suppone negli eredi.
359. Alienazione del pegno, furato il possesso.
360. Casi in cui il furto è purgato, se la cosa ritorna al creditore.
361. Le moderne legislazioni sanciscono il canone, che nelle cose mobili il possesso formi titolo. Discipline relative ed eccezioni.

ARTICOLO XXVIII.

Accessione o unione dei possessi per usucapire. Titolo universale e singolare.

362. Per prescrivere ed usucapire si uniscono i possessi. Modi e discipline.
363. Codice francese ed austriaco. Possesso dell'erede. Se nuoccia il possesso vizioso del trapassato o di altri.
364. L'eredità giacente, pel gius romano, non usucapisce, quando il defunto non fosse stato messo in possesso. Si poneva la prescrizione in corso il dì dell'adizione — Vedi il n. 378 qui in seguito.
365. Dell'acquisto a titolo particolare; serie di precedenti possessori a titolo singolare oneroso o lucrativo.
366. Legato condizionato o puro: il legatario è in qualche maniera erede.
367. Significazione della parola *autore*.
368. Unione del possesso con quello del pupillo e del tuo procuratore.
369. L'unione dei possessi accade fra coloro che possedettero per proprio conto personale. Esempio e schiarimento.
370. L'antecedente possesso vizioso non si congiunge con altro possesso. Lo stesso dicasi di altri vizi. Conseguenze.
371. Diversità di principj regolatori dei rapporti del possessore singolare e dell'universale. Risultati rispetto al dolo ed altri vizi.
372. Pareri e documenti di Pothier.
373. Regola per congiungere i possessi.
374. È nostro autore chi fece procura perchè ci fosse venduto. Alienazione della stessa cosa a due compratori.
375. Disposizioni in quanto al tempo della buona fede.
376. Per la prescrizione dei trent'anni non si produce nè titolo nè prova di bona fede. Il vizio dall'usucapione resta sanato. Ragione addotta dai legislatori francesi.
377. Ordinamenti sullo stesso soggetto del codice austriaco.
378. Secondo il § 547 del medesimo codice, rimasta vacante la successione, corre l'usucapione quasi vivente il trapassato. Citazione del Romagnosi.

ARTICOLO XXIX.

Non uso. Suoi effetti giuridici.

379. Trattasi in questo articolo della ommissione di tenersi in possesso.
380. Danni del *non-uso*: su chi ricadono.

Talora fa supporre un abbandono. Richiamo della legislazione francese, austriaca e romana.
381. Intorno all'usufruttuario.
382. Determinazioni del codice austriaco intorno al perdere le servitù e i diritti sul fondo altrui: lo stesso del codice napoleone intorno al non uso degli stessi diritti. Delle servitù negative, secondo il jus austriaco ed ed il romano.
383. Non uso delle servitù ed altri diritti a tenore del jus romano ed austriaco.
384. Ordinazioni particolari per l'acquidotto.
385. Ammaestramenti legali intorno agli effetti del *non uso* nelle servitù, attinti in ispecie dal corpo del gius romano. Citazione dell'opera sulle *Servitù rurali* del professore *Reali*.

ARTICOLO XXX.

Interruzione del possesso.

386. Una via di fatto non interrompe il possesso. Giurisprudenza romana ed austriaca.
387. Differenza tra possesso e dominio: sottigliezza del jus romano. Schiarimento della sentenza di Ulpiano.
388. Scuola dei Sabiniani e dei Proculejani intorno al possedere. Sul possedere del colono.
389. Interruzione del possesso per impedimento a goderne. Interruzione civile.
390. Ancorchè il possessore impazzisca, continua a possedere. Le uguali teorie si applicano al colono ed inquilino.
391. L'usucapione non è interrotta a causa di demenza.
392. Caso d'interruzione civile. Quando abbia o no corso la usucapione. Giurisprudenza romana. Non interrompe il possesso una denuncia. Cattività presso gli antichi: morte civile odierna. Sequestrazione. Consegna ad un creditore di cosa assegnata in pegno.
393. Fondo tenuto da un creditore in pegno. Se possa usucapirlo.
394. Il possesso per custodire i legati non fa alcuna interruzione. Il solo titolo di erede non fa luogo alla usucapione: bisognava che tenesse il defunto titolo giusto e regolare per usucapire.

ARTICOLO XXXI.

Perdita e conservazione del possesso.

395. Condizioni per conservare il possesso. Si possiede col solo animo. Abilitazione a possedere per mezzo d'altri. Leggi romane: codici napoleone ed austriaco.
396. La tradizione non trasferisce se non ciò che trovavasi presso il consegnante.
397. Il possesso si perde coll'intenzione di non più possedere.
398. Perdita del possesso mediante la sola volontà, ad eccezione dei pupilli. Citazione di ordinazioni analoghe del C. C. A.
399. Disponimenti del corpo del romano diritto. Non perde il possesso se non chi può alienare. — Distinzione del possesso e del godimento. Possessione naturale non è di diritto, ma di fatto. Perdiamo il possesso anche malgrado nostro; venendo discacciati per forza. Talora non si perde il possesso per forza maggiore, come in un naufragio.
400. Non si perde il possesso di una cosa, la quale si può possedere col solo animo, allorchè ignoriamo la sua perdità. L'erede del colono succede esso pure a possedere pel padrone.
401. Canoni in tale argomento del codice francese e dell'austriaco.

ARTICOLO XXXII.

Analisi dei due interdetti romani unde vi — uti possidetis.

402. Degli interdetti in genere. Erano azioni personali *in factum*, esercitabili sotto certe formule: secondo altri reali o miste. Definizione dei due interdetti. In che consistevano.
403. *Unde vi*; soccorre gli scacciati dal possesso del suolo o dell'edificio.
404. Cosa sia forza.
405. Ne usava l'usufruttuario impedito nel godimento; anche nella persona di chi riteneva il fondo per lui.
406. Si considera violenza il discacciare o col corpo o coll'animo, nè occorreva, per applicare l'interdetto, investigare con qual diritto ciò facevasi.
407. Usa di tale interdetto anche chi possedeva da me con violenza.
408. Casi di espulsione di coloni.
409. Non si commette violenza scacciando colui, che viene a discacciar me; nemmeno tenendo fermo con violenza il proprio possesso.
410. Nella *vi armata* si comprende fra le armi anche il bastone; e basta che un solo degli assalitori fosse munito di armi. Bisogna che sia consumata l'invasione: o almeno abbiano frastornato il padrone di andarsene al suo podere.
411. Nell'interdetto *de vi armata* non era necessario di avere incominciato il possesso diversamente di quello *de vi quotidiana*.
412. Nel fondo posseduto con violenza, da cui fosti scacciato, vi rientri assolutamente.
413. Per causa di furto si agisce *ad exibendum*, non coll'interdetto.
414. È lecito respingere le armi colle armi.
415. Si concedeva questo interdetto a chi era sturbato nel godimento di cosa attaccata al suolo.
416. L'azione *de vi*, oltre al discacciato, competeva agli eredi successori. Dirigevasi contro l'autore della vio-

lenza, sebbene praticato ad opera d'un mandatario; ed in uno anche contro il commissionario.

417. Tale interdetto non esercitavasi contro l'erede; ma contro questo, e il possessore de' beni, e gli altri successori universali: si esercitava l'azione *pel fatto* per quanto fosse loro pervenuto dall'eredità: Si apparteneva l'interdetto *de vi armata* contro quello che fu spossessato.

418. Alle persone, e contro le quali si concesse questo interdetto *de vi armata*, si concedeva pure l'altro *de vi* semplice, *quotidiana*, inerme.

419. L'interdetto *unde vi* ha per oggetto la restituzione del fondo, e tutte le cose mobili, ch'eranvi annesse; e può riguardo alle mobili esperimentare l'azione di *esibizione*: e lo stesso dicasi di tutte le cose d'ogni specie.

420. L'interdetto *de vi cottidiana* si concedeva entro un anno. L'interdetto *de vi armata* era perpetuo.

421. L'interdetto *uti possidetis* era diretto a conservare il possesso nello stato in cui si ritrovava.

422. Citazione nella nota (a) di una memoria sull'argomento stesso del dottore *Ciriani*, e commemorazione del *Giornale di giurisprudenza pratica* del dottor *Luciano Beretta*.

423. L'interdetto *uti possidetis* mirava a mantenere la possessione di una cosa immobile — L'*utrubi* delle mobili. Tale interdetto rimoveva i costringimenti turbativi del possesso, come quello *unde vi* faceva ricuperare il perduto possedimento.

424. L'*uti possidetis* ha luogo tra due contendenti a decidere chi di loro posseda; o chi debba presentarsi come petitore Si toglie il possesso impedendo di fabbricare e coltivare — Viti del vicino tirate sul tuo albero. In quali altri casi si applicava cotale interdetto, conceduto al vero possessore; e si adoperava da chi difende l'uso contro chi pretende l'usufrutto.

425. Chi si giova di tale interdetto non deve avere possesso vizioso. Di colui che riceve un possesso tenuto per violenza. Del possesso ricevuto dalla parte avversaria o da altri — Diritto di aver uno sporto in fuori. Questo interdetto non appartiene ai creditori che conservano la cosa del debitore; bensì a colui che sta rivendicando una cosa.

426. Quale l'effetto e compimento dell'*uti possidetis*: quale condanna a risarcimento. Testo di Cajo *de interdictis* stampato dal Romagnosi.

ARTICOLO XXXIII.

Prescrizione — Usucapione.

427. Materia importante. Definizione della prescrizione ed usucapione.

428. Si applicano contro qualunque individuo o corpo morale.

429. Cose imprescrittibili quelle che non sono in commercio; e certi diritti denotati dalle leggi.

430. Le cose sacre: opinione dell'avvocato *Basevi*.

431. I codici francese ed austriaco in fatto di prescrizione.

432. Altri diritti imprescrittibili.

433. Prescrizione austriaca cavata dai combinati paragrafi 313, 351, 1459, del C. C. A.

434. Non prescrittivi gli obblighi fondati nel diritto di famiglia.

435. Intorno al dividere la cosa comune e la determinazione de' confini. Osservazione di rilievo.

436. Intorno ai paragrafi 1482, 351, del C. C. A. Dettame conforme del romano g. c. Giovaleno ed altri.

437. Si tocca della prescrizione ciò che si riferisce precipuamente al possesso.

438. Si mette a calcolo la seguita interruzione del possesso.

439. Canoni riferibili all'usucapire. È separata la causa del possesso, e quella dell'usucapione.

440. Coloro che possedono in nome altrui, i conduttori, gli usufruttuarj ec.

441. La buona fede per usucapire. Giurisprudenza romana, francese, austriaca relative.

442. La prescrizione si calcola a giorni. Si acquista spirato l'ultimo giorno del termine.

443. Giorni, mesi ed anno, secondo il codice austriaco.

444. Per prescrivere ed usucapire si mostra l'atto equivalente al giusto titolo. Se la prescrizione è opposta dal convenuto, a lui incombe la prova del possesso.

445. Di un titolo nullo per le forme. Opinione di Nerazio. L'ignoranza d'un fatto proprio non si presume, come del fatto altrui.

446. Doversi dimostrare la possessione continua. Congiunzione de' tempi.

447. Nella successione a titolo particolare si richiedeva la buona fede dell'autore e del successore — correva dal dì dell'incominciata buona fede. Non così nella successione a titolo universale.

448. Secondo il C. N. si richiede la buona fede solo nella prescrizione dei dieci o venti anni: non dei trenta, come prescrive il C. C. A.

449. Gli atti meramente facoltativi non sono di fondamento per la prescrizione.

450. Chi prova avere anticamente posseduto, si presume abbia posseduto nel tempo intermedio.